Die Revisibilität der normativen Tatbestandsmerkmale

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors

der Rechtswissenschaft

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Martin Luther Universität

Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Günther Schuppenies

Gerichtsreferendar in Berlin.

Berichterstatter:

Professor Dr. Schwinge.

1934

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin Luther Universität Halle (Saale).

Dekan: *Professor Dr. Ruth.*

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Mai 1934.

Meinem lieben Vater.

Gliederung.

Seite

A. Das Problem: 1

I. Die Auflockerung aller strafrechtlichen Grundbegriffe als Ergebnis der neueren Forschung 1

II. Die Kennzeichnung der sich hieraus ergebenden Fragestellung 2

B. Die Lösung: 4

I. Das Wesen der normativen Tatbestandsmerkmale 4

1). Beispiele für normative Tatbestandsmerkmale 4

2). Der Grund der Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale 5

3). Die besondere Eigenart der normativen Tatbestandsmerkmale und ihre verschiedenen Bezeichnungen 6

4). Die Abgrenzung der normativen Tatbestandsmerkmale von den anderen Elementen des Tatbestandes 10

5). Die Einteilung der normativen Tatbestandsmerkmale in verschiedene Klassen 12

6). Das Verhältnis der normativen Tatbestandsmerkmale zum Ermessen 14

II. Die Revisibilität der normativen Tatbestandsmerkmale . . 19

1). Kritik der Rechtsprechung und des Schrifttums . . . 19

2). Die eigene Auffassung 25

3). Die Bestätigung des Ergebnisses durch den Zweck der Revision 30

C. Schlußbetrachtung: Die normativen Tatbestandsmerkmale und das nationalsozialistische Strafrecht. 33

I. Die Gegenüberstellung der Vorteile und Gefahren der normativen Tatbestandsmerkmale 33

II. Die Aufgabe des Gesetzgebers bei der Tatbestandsbildung . 37

Schrifttum:

Bekker, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft. (1892).

Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts. (1900).

Birkmeyer, Das richterliche Ermessen im deutschen Entwurf verglichen mit dem österreichischen In G. S. Bd. 77 (1911). S. 353 ff.

Boyens, Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts. (1904). In Sonderheft des Sächsischen Archivs 1904 Bd. 14, S. 153 ff.

Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. (1914).

— Besprechung von Plappert, „Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das freie Ermessen in ihrer Bedeutung für den Art. 13 des Württemberg. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876". In Arch. ö. R. Bd. 57 N. F. 18 (1930) S. 284 ff.

Dahm, Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht. (1931). In „Recht und Staat" Nr. 78.

Dalcke, Strafrecht und Strafprozeß. (1934).

Dohna, Alexander Graf zu, Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. (1929).

— Recht und Irrtum. Zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre. (1925).

Drews, Preußisches Polizeirecht. Bd. 1. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (1933).

Drost, Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt. (1930).

— Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts. (1930). In „Recht und Staat" Nr. 73.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch, 4. Aufl. (1929). (Leipziger Kommentar).

Eichmann, Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen. (1929). In Strafr. Abh. Heft 255.

Erythropel, Ablehnung von Mandaten. In J.W. 1914, S. 57 ff.

Finger, Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht. In „Festgabe für Reinhard von Frank" (1930). S. 230 ff.

— Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit. In G. S. Bd. 97, S. 385 ff.

— Strafrecht. (1932).

— Zum Entwurfe eines Strafgesetzbuches. In G. S. Bd. 92, S. 74 ff.

Fischer, Die Reform des Rechtsmittels der Revision im Zivilprozeß. In Jherings Jahrb. Bd. 38 (1898), S. 265 ff.

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 3. Aufl. (1926). Bd. 2, Teil 1.

Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs. In Gießener Festschrift. (1907). S. 519 ff.

Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens. (1925). Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät. Nr. II.

— Die Kritiker der Strafprozeßentwürfe. In Z. St. W. Bd. 41. (1920). S. 569 ff.

— Normativer Schuldbegriff. In Festgabe für Reinhard von Frank. (1930). Bd. 1, S. 428 ff.

Grewe, Generalklauseln und neues Recht. In „Deutsches Volkstum". Halbmonatsschrift für das deutsche Geistesleben. (1934). 2. Februarheft, S. 146 ff.

Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. (1926). In „Recht und Staat" Nr. 41.

— Besprechung von Richard Schmidts Grundriß des deutschen Strafrechts. In Z. St. W. Bd. 47. (1927). S. 88 ff.

— Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft. In Festgabe für Reinhard von Frank. (1930). Bd. 1, S. 1 ff.

Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. (1933).

Heilbron, Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters. (1929). In Strafr. Abh. Heft 253.

Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. (1926). In Strafr. Abh. Heft 211.

Henkel, Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Die geistigen Grundlagen. (1934).

Hoeniger, Riskante Rechtsausübung, In „Recht und Staat" Nr. 8. (1917).

Hofacker, Die Staatsverwaltung und die Strafsrechtsreform. (1919).

Hofmann, Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestandes im Strafrecht. (1930). In Strafr. Abh. Heft 272.

Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. (1913).

Kisch, Die bestimmte Bezeichnung der Eidestatsache. In Festschrift für Laband. (1908). S. 163 ff.

— Zum Nachprüfungsrecht des Revisionsgerichts. In Juristische Rundschau, 1926, Nr. 10, S. 455 ff.

Kitzinger, Besprechung von Grünhut „Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht." In Arch. f. Re. Wi. Phil. Bd. XX. (1927), Heft 3, S. 472 f.

Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. Teil 1. (1903).

Lask, Gesammelte Schriften, Bd. 1. (1923).

v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen. (1910).

Lauterjung, Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte unter besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts. (1932). In Strafr. Abh. Heft 300.

v. Lemayer, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. In Grünhuts Zeitschrift, Bd. 22. (1895). S. 353 ff.

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 26. Aufl. (1932) Bd. 1.

Lobe, Lücken im amtlichen Entwurf eines StGB.s. In G. S. Bd. 92, S. 53 ff.

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 19. Aufl. (1934). 3. Lieferung.

Manigk, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen. Mit Beiträgen zur Methodik der Rechts- und Tatfrage. In Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts. (1929). Bd. 6, S. 94 ff.

Mannheim, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren. In Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät Nr. III. (1925).

Marcetus, Der Gedanke der Zumutbarkeit. (1928). In Strafr. Abh. Heft 243.

Mayer, Max Ernst, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. (1915).

Mendelssohn-Bartholdy, J.W. 1921, S. 1237 ff.

Mezger, Besprechung von Mannheim „Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren." In Z. St. W. Bd. 47. (1927) S. 160 ff.

— Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß. In Beilageheft zu Bd. 117 des Arch. ziv. Prax. (1918). S. 1 ff.

— Strafrecht. Ein Lehrbuch. (1931).

— Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. In Festschrift für Traeger. (1926). S. 187 ff.

Montesquieu, De l'esprit des lois. (1749).

Nagler, Der Begriff der Rechtswidrigkeit. In Festgabe für Reinhard von Frank. (1930). Bd. 1, S. 339 ff.

Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit. (1908).

— Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts. 4. u. 5. Aufl. (1930).

— Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach Bürgerlichem Recht. Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision. (1914).

Pagendarm, Verstöße gegen die Denkgesetze, die Erfahrungssätze und das Ermessen als Revisionsgründe. Marburger Dissertation. (1928).

Peters, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen. (1932).

Philippi, Zur Reform des Zivilprozesses. In „Judicium" (Vierteljahresschrift für die gesamte Zivilrechtspflege) 1. Jahrg. (1928/29). S. 103 ff.

Plappert, Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das freie Ermessen in ihrer Bedeutung für den Art. 13 des Württemberg. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876. (1929). In Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht. Heft 18.

Pohle, Revision und neues Strafrecht. (1930). Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 56.

Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff. In Arch. f. Re. Wi. Phil. Bd. 17 (1923/24). S. 343 ff.

Rickert, Der Gegenstand der Erkenntnis. 4. u. 5. Aufl. (1921).

Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. (1931).

Rümelin, Gustav, Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht. In Reden bei der Übergabe des Prorektorats der Universität Freiburg. (1891). Nr. 2.

Rümelin, Max. Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiete des Privatrechts. In Arch. ziv. Prax. Bd. 122. S. 265 ff.

v. Santen, Versuch, die Größe der Kriminalverbrechen und das Strafmaß in jedem Falle nach einem sicheren Verhältnis zu bestimmen. (1816). In Varia opuscula iuridici argumenti. Vol XX.

Schlosky, Revision wegen Verletzung der Denkgesetze. In Deutsche Richterzeitung. (1933). Heft 4, S. 103 ff.

Schmidt, Richard, Der gesetzliche Verbrechenstatbestand. In G. S. Bd. 93, S. 298 ff.

— Gesetzmäßige und regelfreie Strafrechtspflege. In D.J.Z. 1930 S. 1291 ff.

— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. (1906).

Schmitt, Carl, Staat, Bewegung, Volk. (1933).

Schnek, Besprechung von Grünhuts „Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht". In „Juristische Blätter" (1926). Nr. 14, S. 152.

Schoen, Zur Frage der Grenzen der Überprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren. In „Verwaltungsarchiv" (Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit) Bd. 27 (1919). S. 85 ff.

Schumacher, Um das Wesen der Strafrechtsschuld. (1927). Hamburg. Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Heft 10.

Schwinge, Besprechung von Pohle „Revision und neues Strafrecht". In Z. St.W. Bd. 51. (1931). S. 436 ff.

— Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft. (1930).

— Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. (1930). In Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 14.

Schwinge-Siebert, Das neue Untreuestrafrecht. In strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung. (1933).

Stein, Das private Wissen des Richters. (1893).

Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. (1929).

Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung. In Festschrift für Laband. (1908). Bd. 2, S. 445 ff.

Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 18. Aufl. (1925).

Tesar, Freiheitsidee und Strafrecht. In Festgabe für Reinhard von Frank. (1930). Bd. 1, S. 62 ff.

Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. (1924). In Wiener Staatswissenschaftliche Studien. Bd. 6.

Wach, Die Tat- und Rechtsfrage bei der Revision im Zivilprozeß. In J.W. (1881), Nr. 10 u. 11, S. 73 ff.

— Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 2. Aufl. (1896).

Weber, Hellmuth von, Rechtssicherheit und Tatbestandsbildung in der Strafrechtsreform. In Wissenschaftliche Vierteljahresschrift der Prager juristischen Zeitschrift. 7. Jahrg. (1927). Heft 2, S. 57 ff.

Wunderlich, Das richterliche Ermessen nach dem Strafgesetzentwurf 1925. In Mitteilungen der Intern. Krim. Ver. N. F. Bd. 2 (1926). S. 35 ff.

— Der königliche Richter und das Gesetz. In D.J.Z. (1934). S. 10 f.

Wolf, Erik, Der Sachbegriff im Strafrecht. In Festgabe für das Reichsgericht. Bd. V, S. 44 ff.

Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung. (1904).

„Nationalsozialistisches Strafrecht". Denkschrift des preußischen Justizministers.

A. Das Problem.

I. Die Auflockerung aller strafrechtlichen Grundbegriffe als Ergebnis der neueren Forschung.

In seiner berühmt gewordenen Abhandlung aus der Gießener Festschrift vom Jahre 1907 „Über den Aufbau des Schuldbegriffes" brach Frank mit dem ehrwürdigen Dogma, wonach sich der subjektive Tatbestand in Vorsatz oder Fahrlässigkeit erschöpft, und entdeckte „die normale Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt, als normatives Element im Schuldbegriff [1]).

Seit dieser Erkenntnis steht die Strafrechtswissenschaft unter dem Zeichen einer allgemeinen Auflockerung ihrer Grundbegriffe. Nicht nur innerhalb der Schuld hat man das Vorhandensein normativer Elemente festgestellt, sondern auch bei der Rechtswidrigkeit [2]) und im Bereiche des objektiven Tatbestandes. In diesen dritten Problemkreis sind vor allem die methodologischen Untersuchungen Grünhuts [3]) und Mezgers [4]) eingedrungen. Sie haben uns den Beweis erbracht, daß die einzelnen Bestimmungen unserer Strafrechtsordnung Elemente von verschiedenartigster begrifflicher Struktur in sich vereinigen.

Es gibt einmal Tatbestandsmerkmale, die auf einen klaren, fest umrissenen Begriff hinweisen, z. B. die Ausdrücke „Mensch" in §§ 211, 212 St.G.B. und „Brücke" in § 321 St.G.B. Es finden sich aber auch andere Elemente, über deren Inhalt und Umfang man sehr zweifelhaft sein kann. Solche unbestimmten und weitgefaßten Begriffe begegnen uns z. B. im § 360 Ziff. 11 St.G.B., wo von „ruhestörendem Lärm" oder „grobem Unfug" die Rede ist, im § 248a St.G.B., wo „geringwertige Gegenstände" verlangt werden, und im § 184 Ziff. 1 u. 2 St.G.B., wo von „unzüchtigen Darstellungen" gesprochen wird. Die Bedeutung dieser Merkmale läßt sich nur durch sorgfältiges Abwerten und Würdigen aller einzelnen Umstände ermitteln. Deshalb hat man sie normative Tatbestandsmerkmale genannt.

---

[1]) Frank, a. a. O. S. 530; vgl. weiter Schumacher a. a. O. S. 1 ff.; Marcetus a. a. O. S. 7 ff.; Goldschmidt, „Normativer Schuldbegriff", S. 428 ff.; Mezger, Lehrbuch, S. 249/250; daselbst und bei Liszt-Schmidt, Lehrbuch, § 36, ausführliche Nachweise über das Schrifttum.

[2]) Näheres über diese „Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit" bei Heinitz, a. a. O. S. 57 ff.; vgl. auch Schwinge, Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, S. 20 ff., und Nagler, a. a. O. S. 339 ff., insbesondere S. 346 ff.

[3]) „Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht".

[4]) Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände; vgl. aber auch Hofmann, „Die normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestandes im Strafrecht", und Eichmann, „Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen".

II. Die Kennzeichnung der sich hieraus ergebenden Fragestellung.

Während das normative Moment in Schuld und Rechtswidrigkeit bereits eingehend vom Schrifttum gewürdigt worden ist, trifft man beim objektiven Tatbestand seltener auf entsprechende Untersuchungen. Der Versuch einer Klärung dieses Problems ist schon rein theoretisch sehr interessant. Er wird jedoch zu einer der praktisch notwendigsten Aufgaben der Gegenwart durch das heiße Bemühen des nationalsozialistischen Staates um die baldige Schaffung eines neuen Strafgesetzbuches.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich in der Hauptsache auf eine Untersuchung der Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die normativen Elemente des Tatbestandes in der Revisionsinstanz nachgeprüft werden können. Man könnte uns vielleicht die Berechtigung zu einer solchen Fragestellung abstreiten: Voraussetzung für die Revisibilität ist das Vorliegen einer Gesetzesverletzung. Diese aber tritt durch die Verkennung unbestimmter Begriffe ebensogut ein wie durch falsche Auffassung der bestimmten Begriffe, denn auch die normativen Elemente sind Stücke des Tatbestandes, also Bestandteile von Rechtssätzen.

Der Einwand übersieht jedoch die Besonderheit der hier in Frage stehenden Begriffe. Ein einfaches Beispiel wird dies verdeutlichen: Das Untergericht hat die Frage, ob 10 Flaschen Wein noch eine geringe Menge i. S. des § 370 Ziff. 5 St.G.B. sind, bejaht. Soll dann der Revisionsrichter wirklich befugt sein, dieses Urteil aufzuheben, weil seiner Meinung nach höchstens 9 Flaschen Wein als geringe Menge anzusprechen sind? Das ist recht zweifelhaft. Wenn das Gesetz den Richter auf einen solchen unbestimmten Begriff verweist, so scheint die Annahme nahe zu liegen, daß es dem Richter damit eine gewisse Freiheit und einen Ermessensspielraum einräumen will. Dann aber kann es unmöglich die Absicht des Gesetzes sein, ihm diese Selbständigkeit auf der anderen Seite sofort wieder dadurch zu nehmen, daß man seine Entscheidung der Kontrolle durch die Revisionsinstanz unterwirft. Das hieße den Sinn dieser Freiheitsgewährung zerstören.

Hinzu kommt aber vor allem, daß es vielleicht schon begrifflich unmöglich ist, bei der Handhabung normativer Elemente von einer Gesetzesverletzung zu sprechen. Wenn das Revisionsgericht beurteilen soll, ob eine Rechtsnorm falsch angewendet worden ist, so muß es irgendeinen festen Maßstab dafür haben. Dieses Richtmaß aber kann immer nur die Rechtsnorm selbst sein, die den unbestimmten Begriff enthält. Es ist jedoch recht zweifelhaft, ob man den Inhalt eines solchen normativen Merkmales überhaupt mit unbedingter Genauigkeit feststellen kann.

Diese Erwägungen ergeben nicht nur die grundsätzliche Berechtigung der Frage nach der Revisibilität der normativen Tatbestandsmerkmale, sie kennzeichnen vielmehr auch den Gang, den unsere Untersuchung zu nehmen hat: Außer einer sorgfältigen Prüfung der Revisionsvorschriften wird die Lösung unseres Problems von einer eingehenden Klärung des Wesens dieser Begriffe, insbesondere ihres Verhältnisses zum Ermessen, abhängen. Darüber hinaus aber ist es in einer Zeit grundlegender Strafrechtsreformen unerläßlich, die Frage der normativen Elemente auch de

lege ferenda zu beleuchten. Hier wird es vor allem darauf ankommen, sich über ihren allgemeinen Wert bei der Bildung der Tatbestände klar zu werden, weil die neuere Gesetzgebung ihnen immer freundlicher entgegentritt, während gerade im jüngsten Schrifttum die ernstesten Warnungen dagegen erhoben worden sind [5]).

Zur Lösung unseres Problems werden wir häufiger bürgerlichrechtliche, besonders aber verwaltungsrechtliche Forschungen heranziehen müssen. Das erklärt sich aus der Tatsache, daß größere strafrechtliche Abhandlungen auf diesem Gebiete erst in geringer Zahl vorhanden sind. Im außerstrafrechtlichen Schrifttum dagegen, vor allem im Verwaltungsrecht, ist die Frage recht oft erörtert worden, denn hier ist der eigentliche Sitz und die wirkliche Heimat der unbestimmten Begriffe.

---

[5]) Hedemann, a. a. O. S. 1 ff., insbesondere S. 66 ff.; von Weber, a. a. O. S. 58, Richard Schmidt, D.J.Z. 1930, S. 1291 ff.

B. Die Lösung.

I. Das Wesen der normativen Tatbestandsmerkmale.

1). Beispiele für normative Tatbestandsmerkmale.

Unsere Gesetzgebung muß sich im täglichen Leben immer wieder einen Vorwurf gefallen lassen. Man sagt: Die einzelnen Bestimmungen unserer Strafrechtsordnung sind zu dehnbar und zu weit gefaßt. Das Strafgesetzbuch enthält Kautschukbegriffe [6]), die es dem einzelnen Staatsbürger unmöglich machen, die scharfe Grenze zwischen erlaubtem und verbotenen Tun zu erkennen.

Dieser Vorwurf ist nicht unberechtigt. Wie soll der einfache Mann aus dem Volke wissen, was eine „Urkunde" im strafrechtlichen Sinne ist, wenn selbst die Juristen noch über diesen Begriff streiten? Wie soll er wissen, was strafbarer „grober Unfug" ist und was dagegen noch einfacher Scherz, wenn täglich die widersprechendsten Entscheidungen darüber ergehen? Was gilt noch als strafrechtlich unbedeutende Nekkerei, was dagegen als „Beleidigung"? Welche Darstellungen sind nach § 184 St.G.B. als „unzüchtig" zu bezeichnen und welche noch als künstlerisch wertvoll? Was sind „hergebrachte Regeln des Zweikampfes" oder „allgemein anerkannte Regeln der Baukunst" in §§ 207, 330 St.G.B.? Wann sind Gegenstände i. S. des § 308 St.G.B. „ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet", anderen das Feuer mitzuteilen? Wann liegt ein Verlassen „in hilfloser Lage" vor (§ 221 St.G.B.)? Was ist eine „gemeine Gefahr" in §§ 313, 314 St.G.B. oder ein „Unglücksfall" i. S. des § 360 Ziff. 10 St.G.B.? Wann hat ein Räuber einen Menschen „gemartert" (§ 251 St.G.B.)? Was versteht § 224 St.G.B. unter einem „wichtigen Glied des Körpers"? Wieviele Menschen gehören zu einer „Zusammenrottung" nach § 121 St.G.B.? Was sind „hinterlistige Kunstgriffe" (§ 181 Ziff. 1 St.G.B.)? An vielen Stellen unseres Strafgesetzbuches stoßen wir auf ähnliche Fragen.

Manchmal bemüht sich das Gesetz, seinen Willen klarer zum Ausdruck zu bringen. So bestimmt es z. B. im § 181a St.G.B. den Begriff des „Zuhälters". Es ist uns jedoch kaum wesentlich geholfen, weil wir in dieser Definition wieder auf ganz weit gefaßte, unbestimmte Formulierungen stoßen. Was versteht man unter „Lebensunterhalt"? Fallen darunter nur Nahrungsmittel und Kleidungsstücke oder auch Gegenstände, die nur der Genußsucht dienen, wie z. B. Likör und Zigaretten?

Eine fast unübersehbare Fülle solcher zweifelhaften und dehnbaren Begriffe tritt uns im Strafgesetzbuch entgegen [7]). Das Jugendgerichts-

[6]) Dieser Ausdruck findet sich bei Birkmeyer, a. a. O. S. 376 ff.

[7]) Weitere Zusammenstellungen von Beispielen finden sich u. a. bei Finger, G. S. 92, 85 ff., Richard Schmidt, G. S. 93, 298 ff.; Mezger, Vom

gesetz und die anderen strafrechtlichen Nebengesetze zeigen dieselbe Erscheinung. Aber auch auf allen anderen Rechtsgebieten, vor allem im Staats- und Verwaltungsrecht, treffen wir auf eine große Zahl unbestimmter Begriffe.

2). Der Grund der Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale.

Man könnte den einzelnen Staatsbürger, der sich über die Unsicherheit im Rechtsleben beklagt, mit der Empfehlung vertrösten: Wenn Du vor Verwicklungen mit den Strafgesetzen sicher sein willst, dann mußt Du eben an Dein ganzes Verhalten einen strengen Maßstab anlegen. Du mußt Dein Handeln so einrichten, daß auch der tugendsamste und strengste Sittenrichter keinen Makel darin finden kann! Wer wollte aber so prüde sein, um ernstlich zu einem solchen Ratschlag zu greifen? Das große Gebiet z. B. all der schönen menschlichen Regungen, die wir als Humor bezeichnen, und vieles andere, was unserer Kultur erst den lebendigen Atem einhaucht, würde man damit in die Verbannung schicken. Eine eisige Kälte würde in unser Gemeinschaftsleben einziehen und alles erstarren machen.

Noch deutlicher zeigt sich die Unhaltbarkeit dieses Vorschlages im Bereiche des Wirtschaftslebens. Hier muß etwas gewagt werden. Der Konkurrenzkampf zwingt zu Ausgaben, die sich vielleicht erst sehr viel später bezahlt machen, vielleicht aber auch nie. Allzuleicht kann es dann vorkommen, daß man das Vorliegen eines „übermäßigen Aufwandes" bejaht, und auch den vorsichtigen Geschäftsmann wegen Konkursvergehens nach § 240 Ziff. I K.O. anklagt [8]).

Es gibt nur eine Möglichkeit, sich vor den normativen Tatbestandselementen zu schützen. Das ist die kasuistische Methode. Dieses Verfahren mag in einem Staate mit primitivem Wirtschafts- und Kulturzustand angängig sein. Es genügt ferner da, wo es sich nur darum handelt, Zeiterscheinungen von geringer Dauer gerecht zu werden. Anders liegt es jedoch, wenn der Gesetzgeber auf eine Gemeinschaft mit komplizierteren Lebensverhältnissen trifft und diese für eine möglichst lange Zeit strafrechtlich sichern will. Hier ist eine kasuistische Ausgestaltung der Tatbestände von vornherein zum Scheitern verurteilt [9]). Das letzte große Gesetzgebungswerk, das einen solchen Versuch unternommen hatte, war das A.L.R. vom Jahre 1794. Obwohl es aber auf 17 500 Paragraphen

---

Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, S. 225 ff.; Hofacker, a. a. O. S 187, 189; Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 1 ff., 33 ff.; Lobe, a. a. O. S. 67 ff.; v. Lemayer, a. a. O. S. 460 ff.; Birkmeyer, a. a. O. S. 377 ff.

[8]) Vgl. hierzu besonders die Lehre vom „erlaubten Risiko" bei Schwinge-Siebert, a. a. O. S. 44 ff., und das dort angeführte Schrifttum.

[9]) So sagt auch Carl Schmitt, a. a. O. S. 44; „Daß es möglich wäre, heute zu dem alten Glauben einer tatbestandsmäßig und lückenlos im voraus getroffenen, sicher berechenbaren gesetzlichen Normierung aller denkbaren Fälle zurückzukehren, wird niemand behaupten wollen. Die Fiktion und Illusion eines alle Fälle und alle Situationen im voraus tatbestandsmäßig und subsumierbar erfassenden Gesetzes läßt sich nicht wieder neu beleben . . . ". Nachweise über die Kritik der kasuistischen Methode durch das Schrifttum bei Birkmeyer, a. a. O. S. 370, Anm. 3.

angeschwollen war, mußte der Gesetzgeber einsehen, daß es noch lange nicht vollständig war, und ihm deshalb ganz weitgefaßte Begriffe wie z. B. den § 10 II 17 mitgeben.

Inzwischen sind die wirtschaftlichen und kulturellen Beziehungen durch den ungeheuren Aufschwung der Technik noch bedeutend verwikkelter geworden. Was hat es für einen Zweck, wenn der Gesetzgeber die Höchstgeschwindigkeit für Kraftwagen in bewohnten Ortschaften heute auf 30 km festsetzt, wenn vielleicht morgen schon eine ganz neue Bremsvorrichtung erfunden wird, die ohne jede Gefahr sehr viel höhere Geschwindigkeiten ermöglicht? Das Gesetz will und muß diesen veränderten Verhältnissen gewachsen sein. Es legt sich deshalb nicht mehr auf eine zahlenmäßige Grenze fest, sondern wählt statt dessen einen unbestimmten Begriff, also etwa den Ausdruck „übermäßig schnell". Ein Blick in den neuesten strafrechtlichen Gesetzentwurf, die Denkschrift des preußischen Justizministers, zeigt den weiteren unaufhaltsamen Siegeszug dieser Entwicklung. Aus der übergroßen Fülle führen wir nur zwei Beispiele an: So wird es in einer Bestimmung zum Schutze der Geschäftsmoral darauf abgestellt, daß jemand einem anderen auf irgendeine „gegen die guten Sitten verstoßenden Weise" vorsätzlichen Schaden zufügt [10]); und bei der Regelung der Unrechtsausschließungsgründe heißt es, daß eine Verteidigungshandlung dann rechtswidrig ist, wenn sie „nach gesunder Volksanschauung einen erheblichen Mißbrauch des Notwehrrechts darstellt" [11]).

3). Die besondere Eigenart der normativen Tatbestandsmerkmale und ihre verschiedenen Bezeichnungen.

Montesquieu hat in seinem Werk vom Geist der Gesetze ein oft zitiertes Wort geprägt. Er vergleicht den Richter mit einem Mund, der nur die Aufgabe hat, den Befehl des Gesetzes auszusprechen [12]).

Dieses berühmte Schlagwort ist ein typisches Produkt der Aufklärungszeit. Es erklärt sich aus ihrer ganz einseitig auf die Verwirklichung des Rechtsstaates gerichteten Tendenz. Nur dadurch, daß man dem Richter jede innere und persönliche Anteilnahme an der Urteilsfällung untersagte, daß man ihn zur bloßen „Subsumtionsmaschine", zu einem mechanischen „Gesetzesanwendungsautomaten" herabdrückte, glaubte man, die strenge Trennung der Gewalten durchführen zu können [13]). Längst haben wir das Übertriebene dieser Anschauung erkannt. Finger lehrt uns heute: „Zum Wesen des Rechts dringt der nicht vor, der lediglich logische und mathematische Methoden anwendet" [14]). Von diesem Leitsatz muß insbesondere der ausgehen, dem es um eine Klärung der besonderen Eigenart der normativen Tatbestandsmerkmale zu tun ist.

---

[10]) Denkschrift, S. 103.
[11]) Denkschrift, S. 137.
[12]) Montesquieu, a. a. O. liv. XI, chap. VI, p. 127: „. . . les juges de la nation ne sont . . . que la bouche qui prononce les paroles de la loi . . . ."
[13]) Henkel, a. a. O. S. 17 f.
[14]) Finger, G. S. 97, 387; so auch Oertmann, Grundriß, S. 63.

Wir haben festgestellt, daß uns ein Gefühl der Unsicherheit und Schutzlosigkeit überkommt, wenn im Gesetz etwa von einer „geringen Menge" die Rede ist, oder wenn die Bestrafung davon abhängig gemacht wird, daß eine Handlung „unzüchtig" ist. Diese Empfindung beruht auf einem doppelten Grund: Es zeigt sich nämlich einmal, daß bei den unbestimmten Begriffen die Basis zu rein logischen Operationen auf ein Minimum zusammenschrumpft. Bei der Handhabung des Merkmals „Mensch" in §§ 211, 212 St.G.B. oder „Beischlaf" in § 177 St.G.B. werden sich im allgemeinen keine Schwierigkeiten ergeben. Dies beweist uns schon ein Blick in die großen Kommentare des Strafgesetzbuches, die derartige Begriffe mit einer kurzen Definition abtun oder über sie als selbstverständlich hinweggehen. Ganz anders dagegen liegt es bei den normativen Tatbestandselementen. Hier findet sich eine Fülle von Entscheidungen und Theorien. Wir erkennen, daß ein einziger unbestimmter Begriff das Sammelbecken für die mannigfaltigsten Erscheinungen sein kann. Sein farbloser Wortlaut läßt meistens nicht annähernd vermuten, welch starkes Leben in ihm pocht, und welch eine Vielgestaltigkeit sich hinter ihm verbirgt. Das alles ist zum größten Teil mit Mitteln der formalen Logik nicht mehr erfaßbar [15]). Hier muß eine andere Art unserer Geistestätigkeit einsetzen, das „emotionale Denken" und die „Zwecklogik" [16]) [17]). Die juristischen Begriffsbestimmungen begleiten uns hier nur noch ein kurzes Stück. Dann bleiben sie zurück und verweisen uns auf andere, außerrechtliche Maßstäbe.

Wo findet die reine Denktätigkeit noch Ansatzpunkte, wenn etwa folgende Bestimmung zur Beurteilung steht: Bestraft wird, wer „öffentlich und unter Umständen, unter denen sein Verhalten nach dem Volksempfinden geeignet ist, ein Ärgernis zu erregen, eine unzüchtige Handlung" vornimmt? [18]) Um unter unbestimmte Begriffe subsumieren zu können, muß der Richter mehr mitbringen als rechtliche Definitionen. „Er muß . . . den ganzen Schatz menschlicher, nichtjuristischer Erfahrung zur Verfügung haben", sagt Stein [19]). Neben diesen allgemeinen Erfahrungssätzen wird der Richter aber vor allem auf jene herrschenden Anschauungen und Kulturprinzipien zurückgreifen müssen, die sich in langer Überlieferung zum geistigen Bestand unserer Schicksalsgemeinschaft herangebildet haben und durch den vom Volke gewählten Führer erkannt und in klare und allgemein verständliche Wortfassungen gebracht worden sind. Alle diese Maßstäbe sind objektiver Natur [20]), denn ihre letzte Quelle ist der sich in der obersten Führerpersönlichkeit offenbarende

---

[15]) Siehe hierzu auch Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 16; Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 18.

[16]) Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 65.

[17]) So wird denn auch klar, warum die moderne teleologische Richtung im Strafrecht gerade von den normativen Tatbestandselementen ihren Ausgang nehmen mußte. Vgl. hierzu Schwinge, Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, vor allem aber: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht.

[18]) Denkschrift, S. 59.

[19]) a. a. O. S. 44.

[20]) Vgl. Schwinge, Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, S. 22.

Gemeinschaftswille. Sie sind jedoch genau so flüssig und ständigem Wandel unterworfen, wie die tatsächlichen Lebensverhältnisse selbst, auf die sie sich beziehen. So erscheint uns z. B. heute die leichte Turnhose des Sportlers nur natürlich und zweckmäßig, während sie in der Vorkriegszeit noch als unanständig und unsittlich betrachtet wurde [21]).

Aber nicht nur diese Erkenntnis von dem schwankenden Charakter der außerrechtlichen Maßstäbe ist es, die bei den normativen Tatbestandsmerkmalen das Gefühl der Unsicherheit in uns auslöst. Hinzu kommt vor allem die Vermutung, daß eine völlig objektive Beurteilung vielleicht überhaupt nicht möglich ist, sondern daß letzten Endes alles von der subjektiven Auffassung des einzelnen Richters abhängt. Diese Befürchtung ist nicht unberechtigt. Es muß zwar zugegeben werden, daß die allgemeine Lebenserfahrung und die herrschenden Gesellschaftsanschauungen oftmals eine klare und eindeutige Entscheidung ermöglichen. Nicht immer aber handelt es sich um ganz krasse oder ganz leichte Fälle. Häufig werden wir vor Erscheinungen gestellt, die auf der Grenze liegen. Hier sind die Ansichten dann sehr geteilt, und es ist unmöglich, von einer allgemein anerkannten Meinung zu sprechen. Wenn alle objektiven Maßstäbe versagen, dann bleibt dem Richter ja garnichts anderes übrig, als eine eigene Wertung und „Willensentscheidung" [22]) vorzunehmen. Aus dieser Erkenntnis erklärt sich das neuerdings so oft zitierte Wort vom „königlichen Richter" [23]), und Drost behauptet sogar, daß der Richter hier „in verschleierter Form zur Gesetzgebung berufen" werde [24]).

Diese Formulierung vom „quasigesetzgeberischen" Vorgehen des Richters ist nicht völlig neu [25]). Um so nachdrücklicher muß vor ihr gewarnt werden [26]). Sie birgt die große Gefahr einer völligen Verwischung der Grenzen zwischen gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt in sich. Ohne einen ausdrücklichen positivrechtlichen Beleg wird man sich aber zu einem solchen Angriff auf die elementarsten Grundlagen unseres Rechtsstaates nicht entschließen dürfen. Wir glauben, daß die Stellung des Richters auch heute noch so bestimmt werden muß, wie sie Stein in seiner grundlegend gewordenen Abhandlung über „Das private Wissen des Richters" gekennzeichnet hat: „Unter dem Gesetze stehend, dem Gesetze zu dienen, als sein treuer Hüter, — unfrei, wo das Gesetz den be-

---

[21]) Siehe auch Drews, a. a. O. S. 16: Vor hundert Jahren galt es „als mit der öffentlichen Ordnung nicht vereinbar, daß jemand auf öffentlicher Straße rauchte, als vereinbar dagegen, daß jeder Haushalt auf dieselbe Straße seine Mülleimer entleerte."

[22]) Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen, S. 29.

[23]) Hedemann, a. a. O. S. 11 u. 37; Wunderlich, D.J.Z. 1934, S. 10.

[24]) Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 22.

[25]) Wir finden sie bereits bei Bekker, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft, S. 150; auch Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 8, weist schon auf die „öfters gehörte Auffassung" hin, „die das richterliche Urteil einem für den Einzelfall erlassenen Gesetze vergleicht." Eine eingehende Würdigung dieser Gedanken und ausführliche Schrifttumsnachweise finden sich bei Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 151 ff.

[26]) Vgl. auch Wunderlich, D.J.Z. 1934, S. 11.

stimmten Befehl enthält, und da, wo es ihn missen läßt, wie ein verständiger Diener von den Interessen und Ideen des Gesetzes beherrscht“ [27]).

Der Spielraum nun, der innerhalb der normativen Tatbestandsmerkmale für die Bildung eigener Wertmaßstäbe freibleibt, ist von sehr verschiedener Ausdehnung. Das richtet sich ganz nach der besonderen Beschaffenheit der einzelnen Deliktsbestandteile. Niemals aber fehlt er völlig. Es ist deshalb nicht unberechtigt, wenn man behauptet, daß jedem normativen Tatbestandsmerkmal ein subjektives Moment innewohne. Nur darf man „subjektiv“ in diesem Sinne nicht mit „unsachlich“ gleichsetzen. Auch dort, wo objektive Normen fehlen, ist ja der Richter durch seine Amtspflicht gezwungen, alles Sachfremde auszuscheiden und nur sachliche Motive heranzuziehen. Das subjektive Element besteht allein darin, daß letzten Endes die persönliche Entscheidung eines einzelnen Menschen für maßgebend erklärt wird.

Die normativen Tatbestandsmerkmale stellen also ganz andere Anforderungen als die starren und fest umrissenen Begriffe. Sie nehmen uns die Möglichkeit der Beschränkung auf rein erkenntnismäßige Tätigkeit und verlangen ein genaues individuelles Maßnehmen, eine sorgfältige Berücksichtigung all der vielen widerstreitenden Interessengruppen. So drängen sie uns in das andere große Gebiet menschlicher Geistestätigkeit, in das Reich des Wertens, des Ausfühlens und des Würdigens.

Daraus erklärt sich der Name der hier behandelten Begriffe. Als erster hat M. E. Mayer von „normativen Tatbestandselementen“ gesprochen [28]). Das außerstrafrechtliche Schrifttum hat ihnen die verschiedensten Bezeichnungen gegeben: Bühler [29]), Hofacker [30]), Schoen [31]), Carl Schmitt [32]) und Plappert [33]) nennen sie „unbestimmte Begriffe“. Tezner spricht von „vagen Kategorien“ [34]) und von „Ermessensbegriffen“ [35]), und Stier-Somlo von „Ausfüllungsbegriffen“ [36]). Stein [37]), Drews [38]) und Manigk [39]) bezeichnen sie als „Blankettbegriffe“. Wir treffen vor allem auch auf Ausdrücke wie „Wert-“ [40]), „Würdigungs-“ [41]) und „Allgemein-

---

[27]) Stein, a. a. O. S. 43.
[28]) M. E. Mayer, a. a. O. S. 182. Er verwendet das Wort jedoch in einer etwas anderen Bedeutung. Vgl. hierzu Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 31, und Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung, S. 27.
[29]) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 27.
[30]) a. a. O. S. 187.
[31]) a. a. O. S. 112.
[32]) a. a. O. S. 43.
[33]) a. a. O. S. 40.
[34]) a. a. O. S. 2.
[35]) a. a. O. S. 16.
[36]) a. a. O. S. 469.
[37]) a. a. O. S. 120.
[38]) a. a. O. S. 13.
[39]) a. a. O. S. 126.
[40]) Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 8; Pohle, a. a. O. S. 51.
[41]) Zitelmann, a. a. O. S. 40; Pohle, a. a. O. S. 51; Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 498.

begriffe“ [42]). Aber auch als „Werttatbeständen“ [43]), als „Ventilbegriffen“ [44]), „flüssigen Rechtsbegriffen“ [45]), als „Generalklauseln“ [46]) oder als „abstrahierenden Generalformeln“ [47]) begegnen wir ihnen. Wenig brauchbar und zu farblos ist die Formulierung Hoenigers von den „Tatbestandselementen nicht begrifflicher Natur“ [48]).

Die strafrechtlichen Bearbeiter haben sich im allgemeinen auf den Namen „normative Tatbestandselemente“ geeinigt [49]). Schließlich weisen wir noch auf die recht anschauliche Wortprägung „ausfüllungsbedürftige Werthülsen“ hin, die von Drost stammt [50]).

4). Die Abgrenzung der normativen Tatbestandsmerkmale von den anderen Elementen des Tatbestandes.

Wir haben bisher erkannt, daß die einzelnen Bestandteile unserer Straftatbestände ganz verschiedene Anforderungen an den Richter stellen. Auf der einen Seite finden wir klar abgegrenzte und bestimmte Begriffe, wie z. B. „Mensch“ in § 211 St.G.B., „Beischlaf“ in § 177 St.G.B., „Feuer“ in §§ 307, Ziff. 3, 308 St.G.B. und „Brücke“ in § 321 St.G.B., die in rein erkenntnismäßiger kognitiver Tätigkeit festgestellt werden können. Die Wissenschaft bezeichnet sie im allgemeinen als „deskriptive“, also beschreibende Tatbestandselemente [51]), indem sie weniger an den Richter als an den Gesetzgeber denkt.

Diesen verhältnismäßig seltenen Begriffen steht eine überaus große Zahl normativer Tatbestandsmerkmale gegenüber, die den Richter zu wertender Tätigkeit zwingt. Es ist jedoch recht zweifelhaft, ob diese Unterscheidung nicht nur Ausfluß einer sehr oberflächlichen Betrachtungsweise ist, sondern wirklich bis zum Kern des Problems vordringt. Bei näherem Zusehen ergibt sich nämlich, daß auch die deskriptiven Merkmale nicht ganz wertungsfrei [52]) sind. So ist es z. B. noch immer recht bestritten, in welchem Augenblick denn eigentlich die Mensch-

---

[42]) Pohle, a. a. O. S. 51.

[43]) Hoeniger, a. a. O. S. 15.

[44]) Rümelin, Arch. ziv. Prax., Bd. 122, S. 275.

[45]) Drost, Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts, S. 22.

[46]) Hoeniger, a. a. O. S. 24; Carl Schmitt, a. a. O. S. 43; Hedemann, a. a. O. S. 4; Grewe, a. a. O. S. 146.

[47]) Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 7.

[48]) a. a. O. S. 15.

[49]) Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 31; Finger, Begriff der Gefahr und Gemeingefahr, S. 230; Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung, S. 5; Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, S. 187, und Lehrbuch, S. 190, 325; Schwinge, Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, S. 15; Liszt-Schmidt, a. a. O. § 32 A II 1 b; Dahm, a. a. O. S. 15; Tesar, a. a. O. S. 85; Eichmann, a. a. O. S. 3 ff.; Hofmann, a. a. O. S. 2.

[50]) Das Problem einer Individualisierung des Strafrechts, S. 12; auch Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 7, gebraucht das Bild der „Hülse“.

[51]) Mezger, Lehrbuch, S. 191; Liszt-Schmidt, a. a. O. S. 183; Grünhut, Methodische Grundlagen, S. 21; Schwinge, Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, S. 15; Hofmann, a. a. O. S. 13.

[52]) So z. B. Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung, S. 8 ff., insbesondere S. 10 ff.

qualität beginnt. Soll bereits der Beginn der Geburtswehen entscheidend sein, der Moment des Heraustretens aus dem Mutterleib, oder erst die Trennung der Nabelschnur? [53]) Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob man einen Sachverhalt unter § 218 oder §§ 217, 211, 212 St.G.B. einordnen muß. Aus dem Wortlaut des Gesetzes und aus dem Sprachgebrauch läßt sich nichts entnehmen. Eine rein erkennende Tätigkeit ist hier unmöglich. Der Richter muß eine Interessenabwägung vornehmen, und sich zu einem „Werturteil", zu einer „Willensentscheidung" [54]) durchringen. So liegt es bei vielen Begriffen, die uns zunächst ganz eindeutig und bestimmt erscheinen. Ist ein „Einbruch" i. S. des § 243 Ziff. 2 St.G.B., wenn der Täter die beiden Flügel einer Scheunentür nur auseinander gebogen hat? Und soll wegen „Eröffnung" eines Briefes i. S. der §§ 299, 354 St.G.B. verurteilt werden, wenn der Täter sich im Wege der Durchleuchtung von seinem Inhalt Kenntnis verschafft, den Verschluß aber völlig unversehrt gelassen hat? [55]) Überall besteht unsere Aufgabe hier in der Vornahme einer Wertung.

Der Grund, der zu dieser eigentümlichen Erscheinung führt, tritt klar zu Tage, wenn wir uns einmal auf die Aufgabe und die sich daraus ergebende Arbeitsweise des Gesetzgebers besinnen: Die Herausarbeitung der einzelnen Straftatbestände hat den Zweck, die Grenze zwischen erlaubtem und verbotenen Tun festzulegen. Das Gesetz ist deshalb nicht ein vollständiger Niederschlag oder eine einfache Nacherzählung der gesamten Wirklichkeit, so wie sie sich gerade darbietet, es ist vielmehr eine sorgfältige Auslese nur weniger Tatsachen und Verhältnisse, die seinem Verfasser erheblich erschienen. Somit läßt sich feststellen, daß ausnahmslos jeder Begriff, der den Eingang in die Rechtsordnung gefunden hat, der also zum Tatbestandsmerkmal erhoben worden ist, eine ganz bestimmte Bewertung in sich trägt.

Schon Stein [56]) läßt deshalb erkennen, daß es zweifelhaft ist, ob man überhaupt an dem Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen festhalten darf [57]). Hofmann prüft diesen Gedanken näher nach. Er kommt zu dem Ergebnis, daß die Grenzziehung unter Umständen schwierig, ja unmöglich sein kann. Den Grund hierfür findet er jedoch nicht in dem inneren Wesen der einzelnen Merkmale, sondern in ihrer „Strukturverschlingung", die auf das Bestreben des Gesetzgebers, „normative Elemente neben faktischen Elementen zu einem einheitlichen Tatbestand" zu verschmelzen, zurückzuführen sei [58]). Daß dieser Umstand einer wissenschaftlichen Klärung sehr hinderlich ist, bedarf keines Beweises. Ihn als alleinigen Grund für das Auftauchen von Wertmomenten auch in deskriptiven Merkmalen anzusehen, verbietet uns jedoch die

---

[53]) Vgl. dazu z. B. Leipziger Kommentar, § 211 Anm. 2.

[54]) Vgl. Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen, S. 29.

[55]) Vgl. auch das schöne Beispiel bei Finger, Strafrecht, S. 463: „Blauweißrote oder grünweißrote Flagge"? und Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 1 ff.; insbesondere S. 34 ff.

[56]) a. a. O. S. 41.

[57]) So auch Schoen, a. a. O. S. 112; Schnek, a. a. O. S. 152

[58]) Hofmann, a. a. O. S. 10; vgl. zur Frage der „Strukturverschlingung" auch Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung, S. 8, und Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, S. 29.

Erkenntnis, daß z. B. der Begriff „Mensch“ auch für sich allein betrachtet sehr wohl Anlaß zu Zweifeln geben kann.

Als Erik Wolf endlich in seiner Abhandlung über den „Sachbegriff im Strafrecht“ ein klares Bekenntnis zu der normativen Natur aller Tatbestandselemente ablegte [59]), fand er fast allgemeine Zustimmung [60]). Jeder Begriff wird „sofort strittig, unsicher, unbestimmt und schwankend“, bestätigt auch Carl Schmitt, „wenn in einer schwankenden Situation verschieden geartete Geister und Interessen sich seiner bemächtigen“ [61]).

Nur Grünhut [62]) glaubt nach wie vor an die Möglichkeit einer prinzipiellen Unterscheidung zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen. Dieser Ansicht können wir nicht folgen. Es ist durchaus richtig, daß die „Form der Rechtsanwendung“ durch die besondere „Struktur der Tatbestände“ weitgehend beeinflußt wird [63]), und wir müssen dieser Tatsache in irgendeiner Weise Rechnung tragen.

Das Vorliegen einer „geringen Menge“ kann der Richter nur durch wertende Tätigkeit ermitteln, über ein Merkmal wie „Mensch“ oder „Feuer“ kann er sich dagegen wenigstens in aller Regel schon rein erkenntnismäßig Gewißheit verschaffen. Dies berechtigt uns jedoch nicht zu der Schlußfolgerung Grünhuts, denn als völlig wertungsfrei dastehend haben wir kein Tatbestandsmerkmal erkannt. Der Unterschied zwischen normativen und deskriptiven Elementen besteht daher nicht dem Wesen, sondern nur dem Grade nach: „Der normative Charakter der Tatbestandsmerkmale tritt nicht gleichmäßig deutlich hervor“ [64]). Diese Anschauung steht im Einklang mit der Lehre Fingers. Auch er warnt vor einer Übertreibung des Gegensatzes und weist darauf hin, „daß sich die „„kognitive““ Tätigkeit vielfach auch nicht mit größerer Bestimmtheit vollzieht wie die wertende“ [65]).

5). Die Einteilung der normativen Tatbestandsmerkmale in verschiedene Klassen.

Die Wissenschaft hat sich mehrfach darum bemüht, innerhalb der großen Gattung normativer Tatbestandsmerkmale eine weitere Aufteilung vorzunehmen. Alle diese Versuche können hier nur insoweit berücksichtigt werden, als sie für die Frage der Revisibilität von Einfluß erscheinen.

Walter Jellinek [66]) geht davon aus, daß der Gesetzgeber überall da, wo er ein normatives Element verwendet, sich über die endgültige Entscheidung nicht schlüssig ist, und deshalb an einen Dritten die Frage

---

[59]) a. a. O. S. 56.

[60]) Mezger, Lehrbuch, S. 191; Liszt-Schmidt, a. a. O. § 32 II b; Hofmann, a. a. O. S. 10.

[61]) a. a. O. S. 43.

[62]) Methodische Grundlagen, S. 22.

[63]) Grünhut, Methodische Grundlagen, S. 22.

[64]) Liszt - Schmidt, a. a. O. S. 183; so auch z. B. v. Laun, a. a. O. S. 60/61: „. . . . von den präzisesten zu den vagsten Rechtssätzen gibt es nur allmähliche Übergänge, eine scharfe Grenze läßt sich nirgends ziehen.“

[65]) Finger, Strafrecht, S. 463.

[66]) Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 40.

richtet, wie entschieden werden soll. Dieser Dritte kann ein Minister oder ein anderes formelles Verordnungsorgan sein. Dann antwortet er durch eine erläuternde oder feststellende Verordnung und schafft damit über den unbestimmten Begriff innerhalb seines Zuständigkeitsbereiches Klarheit. Der Dritte kann aber auch die Wissenschaft sein, deren Antwort in dem von ihr als wahr Erkannten liegt. Das Gesetz kann sich weiter an die Gesellschaft wenden, innerhalb der sich auf dem Gebiete der Wirtschaft oder der Ethik, Ästhetik und Sitte bestimmte Anschauungen gebildet haben. Es kann auch eine ganz andere Rechtsordnung befragen oder schließlich die Wirklichkeit selbst mit ihren allgemeinen Erfahrungssätzen zu Rate ziehen.

Maßgebend ist also nach Jellinek immer die Art des Normenkomplexes, auf den das Gesetz verweist. Diese Einteilung hat den Vorzug großer Anschaulichkeit [67]). Wir können es daher nur begrüßen, wenn Grünhut [68]) sie auch auf strafrechtlichem Gebiete verwendet. Er vereinigt jedoch die zahlreichen Klassen zu zwei Hauptgruppen und unterscheidet zwischen normativen Tatbestandsmerkmalen „spezifisch juristischer" Art und solchen „allgemeineren Charakters".

Unter der ersten Gruppe versteht er die, bei denen der Richter das erforderliche Werturteil irgendeinem Gebiet der positiven Rechtsordnung entnimmt. Als Beispiele führt er an: die Fremdheit der Sache in § 242 St.G.B., die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung bei den Widerstandsdelikten und das Fehlen der Jagdberechtigung in § 292 St.G.B. Man könnte hier auch Merkmale wie „öffentliche Urkunde" in § 267 St.G.B., „Vormund" in § 174 St.G.B. und „strafbare Handlung" in § 259 St.G.B. erwähnen.

Die zweite Gruppe umfaßt dagegen das große Heer derjenigen Tatbestandsmerkmale, die eine „außerjuristische Wertung" vom Richter verlangen und nur „auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung" zu erfassen sind. Hierzu gehören Begriffe wie der unzüchtige Charakter einer Handlung in §§ 175, 176, 183 St.G.B., der Verbrauch übermäßiger Summen durch den Gemeinschuldner in § 240 Abs. I, Ziff. 1 K.O., die Unbescholtenheit in § 182 St.G.B. und das Herabsetzen in der öffentlichen Meinung in § 186 St.G.B.

Gegen diese Einteilung erhebt sich jedoch ein Bedenken. Man könnte nämlich fragen: Wo bleibt denn bei der ersten Kategorie, bei den normativen Elementen „spezifisch juristischer" Art, überhaupt die Unsicherheit und das Flüssige, auf das schon der Name „unbestimmter Begriff" hinweist? Gerade ein Merkmal wie „fremd" können wir doch mit voller Genauigkeit aus den §§ 929 ff. B.G.B. entnehmen. Wo ist denn noch ein Raum für abwertende, würdigende Tätigkeit des Richters, wenn das Gesetz den Begriff der öffentlichen Urkunde durch die Klammerdefinition des § 415 Abs. I Z.P.O. ganz eindeutig festlegt?

Mit diesem Einwand verkennt man jedoch, daß zwischen unbestimmten und normativen Begriffen nicht unbedingte Kongruenz besteht [69]).

[67]) Auch Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 23, hält sie für wertvoll. Er selbst nimmt allerdings eine andere Unterscheidung vor.

[68]) Begriffsbildung und Rechtsanwendung, S. 5 ff.

[69]) So auch v. Weber, a. a. O. Sp. 59: „Die Unbestimmtheit in dem normativen Tatbestandselement als solchem nicht wesentlich."

Das Wesen der unbestimmten Merkmale liegt in der Zweifelhaftigkeit ihres Inhalts und Umfanges. Die Eigenart der normativen Elemente besteht dagegen in dem Vorhandensein eines Wertmomentes. Dieser Faktor bewirkt zwar in aller Regel auch eine Unsicherheit bei der Abgrenzung. Es ist dies jedoch nicht immer der Fall. Wenn z. B. das Gesetz in § 242 St.G.B. das Merkmal der Fremdheit erwähnt, so verweist es damit auf die §§ 929 ff. B.G.B. Dort hat es eine eingehende Klärung dieses Begriffes vorgenommen. Es hat alle Voraussetzungen aufgezählt, die den Erwerb und den Verlust des Eigentums bewirken und damit sein endgültiges Werturteil über die Fremdheit gefällt. Dem Richter bleibt nur noch die Aufgabe, den konkreten Sachverhalt an diesem feststehenden gesetzlichen Werturteil auszurichten. Alle die Tatbestandselemente, die wir zu dieser Kategorie rechnen, sind zwar normativ, sie sind jedoch nicht unbestimmt.

Ganz anders liegt es bei Merkmalen wie „unzüchtig" oder „geringe Menge". Hier hat das Gesetz die endgültige Abwertung der individuellen Richterpersönlichkeit übertragen. Hier ist deshalb das Hineinspielen subjektiver Momente unvermeidbar. Alle die Begriffe, die zu dieser Klasse gehören, sind nicht nur normativ, sondern auch unbestimmt.

Die Grünhutsche Einteilung besteht somit zu Recht. Man hat in diesem Sinne auch Deliktsbestandteile mit „rechtlicher" und solche mit „kultureller Wertung" unterschieden [70]). Wir halten es jedoch für zweckmäßiger, bereits durch die Wahl der Worte in dem entscheidenden Gegensatzpaar darauf aufmerksam zu machen, daß die Fällung des Werturteils bei der einen Gruppe vom Gesetze selbst vorgenommen wird, während sie in dem anderen Falle Sache des Richters ist. So könnte man etwa von „schon gewerteten" und „noch zu wertenden" Merkmalen sprechen. Man könnte ferner zwischen Elementen mit „genereller abstrakter Wertung" im Gegensatz zu denen mit „individueller konkreter Wertung" scheiden. Auch die Gegenüberstellung von Merkmalen „gesetzlicher" und „persönlicher Wertung" würde den Unterschied verdeutlichen.

Klarer erscheint uns jedoch die Terminologie Mezgers [71]). Dieser teilt ein in „echte" Werturteile (gleich „Wertstellungen") und „unechte" Werturteile (gleich „Wertfeststellungen"). Vor allem aber verdient die Wortfassung Erik Wolfs [72]) Beifall. Er unterscheidet zwischen „wertgefüllten" und „wertausfüllbaren oder wertausfüllungsbedürftigen" Tatbestandsmerkmalen. Dieser Formulierung schließen wir uns wegen ihrer Anschaulichkeit an.

6). Das Verhältnis der normativen Tatbestandsmerkmale zum Ermessen.

Es mag Verwunderung auslösen, in einer im wesentlichen strafprozessual orientierten Arbeit eine selbständige Untersuchung über das Problem des Ermessens zu finden. An der Eingangspforte unseres Strafgesetzbuches, im § 2, Abs. I St.G.B., steht noch immer der Satz, den man so oft als eine gewaltige Kulturtat gepriesen hat: Nullum crimen, nulla

[70]) Mezger, Lehrbuch, S. 192.
[71]) Lehrbuch, S. 192.
[72]) Erik Wolf, a. a. O. S. 55.

poena sine lege. Kann man angesichts dieser Grundregel im Strafrecht überhaupt von Ermessen sprechen? Ein Blick auf das Schrifttum beantwortet uns diese Frage. Drost widmet dem „Ermessen des Strafrichters" ein ganzes umfangreiches Buch. Lange vor ihm hat Birkmeyer eine recht eingehende Untersuchung über „Das richterliche Ermessen" veröffentlicht [73]). Die 21. Tagung der Deutschen Landesgruppe der Internationolen Kriminalistischen Vereinigung in Bonn vom Jahre 1926 wurde durch zwei Referate über „Das richterliche Ermessen" eingeleitet. Es wurde darauf hingewiesen, daß es geradezu „im Zuge der Zeit" liege, wenn dem „freien Ermessen" des Strafrichters ein viel weiterer Spielraum eingeräumt werde als bisher [74]). Im Jahre 1929 wurde eine größere Dissertation über „Freies pflichtmäßiges Ermessen des Richters" veröffentlicht [75]). Zwei Jahre später machte Dahm die durch das Eindringen des Ermessens bewirkte „Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht" zum Gegenstand seiner Heidelberger Antrittsvorlesung.

Noch deutlicher wird uns der Siegeszug des Ermessens im Strafrecht, wenn wir den Gesetzgeber betrachten. Er ist zwar zurückhaltender als in anderen Staaten, die die „magna charta" bereits völlig beseitigt haben [76]), hat sie aber doch schon einmal durchbrochen [77]) und trägt sich mit dem Gedanken, dem § 2 Abs. I St.G.B. folgenden Zusatz zu geben: „Ist aber eine nicht ausdrücklich für strafbar erklärte Handlung nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich, und wird ihre Bestrafung von dem einem bestimmten Strafgesetz zugrunde liegenden Rechtsgedanken gefordert, so hat der Richter für die Tat eine Strafe innerhalb des Rahmens des entsprechend angewendeten Strafgesetzes festzusetzen" [78]). In vollster Klarheit zeigt sich hier das Bestreben, auch im Strafrecht eine ausdrückliche Anerkennung des richterlichen Ermessens vorzunehmen, wie sie z. B. für das bäuerliche Erbhofrecht bereits erfolgt ist [79]). Damit ist die grundsätzliche Möglichkeit unserer Fragestellung dargetan. Es bleibt zu prüfen, wie das richterliche Ermessen beschaffen ist, an welchen Stellen es auftritt, und in welchem Verhältnis es zu den normativen Tatbestandselementen steht.

Über das Wesen des richterlichen Ermessens sind Theorien in sämtlichen Spielarten aufgestellt worden [80]). Eine genaue Prüfung aller dieser Ansichten würde weit über den Rahmen unserer Arbeit hinausgehen. Wir müssen uns darauf beschränken, einen allgemeinen Gesichtspunkt herauszustellen, der allen diesen äußerlich so verschiedenen Auffassungen gemeinsam ist. Wir glauben ihn in der Betonung einer gewissen Freiheitsgewährung und eines dadurch bewirkten Subjektivismus finden zu können.

Als typisches und fast unbestrittenes Beispiel richterlichen Ermessens

---

[73]) G. S. 77, 353 ff.
[74]) Wunderlich, Das richterliche Ermessen, S. 38.
[75]) Verfasser: Brigitte Heilbron.
[76]) z. B. Sowjet-Rußland; vgl. Art. 16 des St. G. B. der RSFSR. vom 22. XI. 1926.
[77]) Reichsgesetz v. 29. III. 1933, R.G.Bl. I, 151 (Lex van der Lubbe).
[78]) Denkschrift, S. 127.
[79]) Vgl. § 63 des pr. Ges. v. 15. V. 1933.
[80]) Vgl. die eingehende Zusammenstellung bei v. Laun, a. a. O. S. 20 ff.

wird nämlich immer auf die Tätigkeit des Richters bei der Strafzumessung hingewiesen [81]). Deren Wesen besteht aber gerade darin, daß bindende gesetzliche Vorschriften kaum noch vorhanden sind. Der Richter ist hier vielmehr in hohem Grade darauf angewiesen, außergesetzliche Maßstäbe heranzuziehen. Diese sind zum Teil objektiver, in der Hauptsache aber subjektiver Natur, da es vor allem auf den persönlichen Eindruck ankommt, den der Angeklagte und sein Verhalten auf den Richter ausüben. Die Strafzumessung soll ganz gewiß kein dunkler und verschwommener Gefühlsprozeß sein. Sie soll soweit wie irgend möglich durch logische Deduktionen beherrscht werden. Es ist jedoch einfach nicht hinwegzuleugnen, daß man die Gesamtpersönlichkeit eines Menschen und seiner Tat auf rein logische Weise nicht restlos erfassen kann. Wir sind heute nicht mehr so optimistisch wie jener mecklenburgische Kriminalrat Christian von Santen aus Bützow, der ernsthaft an das Vorhandensein einer allgemein gültigen mathematischen Formel für die Berechnung des Strafmaßes glaubte [82]). Wir haben aber auch mehr Vertrauen zum Richterstand und glauben, daß subjektive richterliche Willensentscheidungen, wenn nur das Logische ihr „Rückgrat“ [83]) bildet, größere Gewähr für die Richtigkeit und Genauigkeit bieten, als rein formaljuristische Schlußfolgerungen. Wenn aber bei dem typischen und fast allgemein anerkannten Beispiel für das richterliche Ermessen, bei der Strafzumessung, das ausschlaggebende Merkmal in dem Fehlen bindender gesetzlicher Vorschriften und der hierauf beruhenden Notwendigkeit einer subjektiven Wertung liegt, dann wird man dies auch als das entscheidende Kriterium des ganzen richterlichen Ermessens ansehen können [84]).

Es bleibt zu prüfen, in welchem Verhältnis dieses Ermessen zu den normativen Tatbestandsmerkmalen steht. „Daß zwischen den Generalklauseln und dem „„Ermessen““ des Richters ein unausweichlicher Zusammenhang besteht, drängt sich dem Betrachter dieser Dinge immer

---

[81]) Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 9; Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 35, 55, 57; Hofacker, a. a. O. S. 192; Bennecke-Beling, a. a. O. S. 581; Löwe-Rosenberg, a. a. O. § 337 Anm. I. 2, a; Birkmeyer, a. a. O. S. 402; Stein, a. a. O. S. 135 u. 136; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 193; Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, S. 201; Pagendarm, a. a. O. S. 72; Peters, a. a. O. S. 92. Weitere Nachweise über das Schrifttum daselbst, S. 45.

[82]) a. a. O. S. 12: „Multipliziere den Grad, welchen der Verbrecher in der allgemeinen Rangordnung der Verbrecher einnimmt, mit dem Grade der Stärke seines verbrecherischen Willens; doch rechne ihm von dem Produkt nur soviel an, als der erlittene Antrieb durch die moralischen Urheber seine Verschuldung nicht mindert. Hiermit multipliziere die addierten Grade der Extension, der Protension und des gestifteten Schadens. Das Produkt ist die Größe der Verschuldung.“

[83]) Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 66.

[84]) Vgl. Hofacker, a. a. O. S. 186; v. Laun, a. a. O. S. 66; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 26; Plappert, a. a. O. S. 85; Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 51; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 89; Mannheim, a. a. O. S. 148, 150, 155; Peters, a. a. O. S. 93; Pohle, a. a. O. S. 57.

von neuem auf," sagt Hedemann [85]). Diese Vermutung gewinnt dadurch an Wahrscheinlichkeit, daß die meisten Schriftsteller, die sich nicht näher mit dem Problem befassen, alle normativen Elemente als ganz selbstverständlich dem Ermessen gleichsetzen [86]).

Im einzelnen ist die Frage aber recht zweifelhaft und bestritten. Bühler gibt den Glauben an eine allgemeine Lösung durch die Theorie überhaupt auf [87]). Seine einzige Hoffnung sieht er in der Klärung durch eine einheitliche Rechtsprechung.

Dieser Vorschlag ist für uns jedoch schon deshalb unannehmbar, weil die bisherige Rechtsprechung die widerspruchsvollsten Entscheidungen aufweist [88]), und weil eine Einheitlichkeit auch für die Zukunft solange nicht erwartet werden darf, als es der Wissenschaft nicht gelingt, dem Richter einen festen Leitsatz in die Hand zu geben.

Es handelt sich für uns um die Frage, ob das Gesetz überall da, wo es zu einem normativen Tatbestandsmerkmal greift, dem Richter auch Ermessen gewähren will. Ist dies der Fall, dann sind die Aussichten für eine Revisibilität der normativen Elemente recht gering, weil Wissenschaft und Praxis mit Recht die Ermessensentscheidungen in großem Umfang der Kontrolle durch die Revisionsinstanz entziehen [89]). Stellt sich dagegen heraus, daß auch die Handhabung normativer Merkmale Rechtsanwendung ist, so werden wir die Frage der Nachprüfbarkeit wenigstens grundsätzlich wohl genau so bejahen müssen, wie bei den anderen Tatbestandselementen.

Oertmann teilt das Ermessen zunächst nach seinem äußeren Standort ein. Er spricht von Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen [90]). Der zweite Bereich scheidet für unsere Untersuchung von vornherein aus, da sie sich lediglich mit normativen Elementen des Tatbestandes zu befassen hat. Im übrigen lassen sich die Ansichten des Schrifttums zu der vorliegenden Frage in drei Hauptgruppen zusammenfassen: Am äußersten Endpunkt der einen Richtung, die sich zu einer wesensmäßigen Verschiedenheit zwischen den normativen Tatbestandsmerkmalen und dem Ermessen bekennt, stehen die Ansichten von Schoen, Tezner und Hofacker. Diese scheiden aus dem Gebiete des Ermessens alles das aus, was mit der Subsumtion unter normative Tatbestandsmerkmale zusammenhängt [91]).

---

[85]) a. a. O. S. 35.

[86]) So z. B. v. Weber, a. a. O. S. 66; Dahm, a. a. O. S. 20; Hoeniger, a. a. O. S. 16; Hofmann, a. a. O. S. 2; Grewe, a. a. O. S. 150.

[87]) Arch. ö. R. Bd. 57, S. 291.

[88]) Siehe dazu die Zusammenstellung bei Mannheim, a. a. O. S. 85 ff.

[89]) Vgl. hierzu vor allem die Darstellung Mannheims, a. a. O. S. 146 ff. Auch Peters, a. a. O. S. 93, Pohle, a. a. O. S. 56 ff., Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 58 ff. und Brigitte Heilbron, a. a. O. S. 63 ff. geben einen guten Überblick und nähere Nachweise über das Schrifttum.

[90]) Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 5; so auch Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 29 ff. und 34 ff., und Heilbron, a. a. O. S. 18.

[91]) Schoen, a. a. O. S. 111 u. 112; Tezner, a. a. O. S. 14 ff. u. 18 ff.; auch die Äußerungen Oertmanns, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 9 und Pohles, a. a. O. S. 58, wird man in diesem Sinne werten müssen.

Grundsätzlich dieselbe Meinung vertritt v. Laun. Nur für ein einziges normatives Tatbestandselement, nämlich für den Begriff des öffentlichen Interesses, will er eine Ausnahme zulassen. Ja er glaubt sogar, daß eine Definition des Ermessens ohne Zuhilfenahme dieses Begriffes überhaupt nicht vorgenommen werden kann [92]).

Bedeutend gemäßigter sind die Auffassungen in der zweiten Gruppe. Hier ist zunächst Bühler zu nennen. Er steht zwar auf dem Standpunkt, daß die normativen Tatbestandsmerkmale in der Regel das Ermessen ausschließen, ist aber durchaus nicht abgeneigt, Einschränkungen zu machen [93]). Auch Mannheim gehört zu dieser vermittelnden Richtung. Nach ihm ist freies Ermessen bei normativen Tatbestandsmerkmalen dann gegeben, wenn es sich um einen besonders unklaren Begriff handelt [94]). Schließlich muß in dieser Gruppe noch die Ansicht Plapperts erwähnt werden. Für ihn ist ein Ermessen zwar nicht bei allen normativen Tatbestandselementen vorhanden, aber doch bei den überaus zahlreichen, die sich in einer Rechtsnorm nicht zwingenden Charakters befinden [95]).

Diesen beiden Hauptmeinungen im Schrifttum steht eine dritte gegenüber, die von einer innigen und wesensmäßigen Verwandtschaft zwischen dem Ermessen und den normativen Bestandteilen des Tatbestandes überzeugt ist. Ihr hervorragendster Vertreter ist Walter Jellinek. Er definiert das freie Ermessen als die „individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffes innerhalb seiner beiden äußersten Grenzen" [96]). Hiernach ist also das Vorliegen eines unbestimmten Begriffes geradezu Voraussetzung für die Annahme eines Ermessens. Diese Ansicht berührt sich stark mit der Auffassung Stier-Somlos, für den sich die Anwendung der unbestimmten Begriffe als Hauptfall des freien Ermessens darstellt [97]). Auch Drost [98]) und Brigitte Heilbron [99]) gehören in diese Gruppe, weil sie bei allen normativen Tatbestandsmerkmalen ein Ermessen annehmen. Allgemeiner Anerkennung kann sich keine dieser Ansichten rühmen. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer eigenen Stellungnahme.

Die besondere Eigenart der normativen Tatbestandsmerkmale bestand in dem Hineinspielen eines gewissen Wertmomentes. Je nach der Art der normativen Begriffe stand die Wertung entweder bereits fest oder wartete noch auf ihren Vollzug durch den Richter. Während bei der ersten Kategorie, bei den „wertgefüllten" Elementen, auf eindeutige rechtliche Maßstäbe verwiesen wurde, konnten Inhalt und Umfang der so zahlreichen „wertausfüllungsbedürftigen" Tatbestandsmerkmale nur durch Heranziehung außerrechtlicher Normen und Anschauungen ermittelt werden. Wenn diese Maßstäbe aber so schwankend und ungewiß wurden, daß man von einer objektiven Grundlage nicht mehr reden konnte, dann blieb dem Richter einfach nichts anderes übrig, als ein

[92]) v. Laun, a. a. O. S. 66, 70.
[93]) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 28 ff. u. 382 ff.
[94]) Mannheim, a. a. O. S. 148.
[95]) Plappert, a. a. O. S. 57.
[96]) Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 36 f., 89.
[97]) a. a. O. S. 466 f., 496.
[98]) Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 29.
[99]) Heilbron, a. a. O. S. 17.

eigenes subjektives Werturteil zu fällen. Und wir hatten sogar feststellen müssen, daß innerhalb eines jeden „ausfüllungsbedürftigen" normativen Tatbestandsmerkmals ein solcher Raum vorhanden ist, der nicht mehr durch objektive Normen beherrscht wird [100]). Diese freie abwertende Tätigkeit des Richters aber, die hier einsetzen muß, hatten wir gerade als das Wesen des Ermessens erkannt.

Somit kommen wir zu folgendem Ergebnis: Das Vorhandensein einer bestimmten Art normativer Tatbestandsmerkmale, nämlich der „wertgefüllten" Elemente, schließt das Ermessen immer aus. Hier sind feste objektive Maßstäbe vorhanden, die jeder richterlichen Freiheit und Selbständigkeit entgegen stehen. Die zweite Gruppe der normativen Tatbestandsmerkmale ist dagegen stets ermessenshaltig. Der Umfang dieses Ermessens läßt sich jedoch nicht allgemein festlegen. Er kann weiter oder geringer sein. Das richtet sich ganz nach der Besonderheit eines jeden einzelnen Elementes oder genauer nach der Größe des Raumes, den es von objektiven Normen freihält.

II. Die Revisibilität der normativen Tatbestandsmerkmale.

1). Kritik der Rechtsprechung und des Schrifttums.

Wer an der Notwendigkeit einer selbständigen und grundsätzlichen Nachprüfung der Frage der Revisibilität der normativen Tatbestandsmerkmale noch Zweifel haben sollte, der wird durch eine Betrachtung der Rechtsprechung unseres höchsten Gerichtshofes eines anderen belehrt werden.

Hier zeigt sich eine Uneinheitlichkeit, wie sie kaum übertroffen werden kann. Es sind bereits verschiedentlich genauere Gegenüberstellungen solcher widerspruchsvollen Entscheidungen vorgenommen worden. Im Bereiche des Zivilrechtes ist hier vor allem auf den Kommentar von Förster-Kann [101]), auf die Abhandlung von Boyens über „Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts" [102]) und auf den Aufsatz von Manigk über „Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen" [103]) zu verwei-

[100]) Es kann deshalb nicht gebilligt werden, wenn Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 10, behauptet, bei normativen Tatbestandselementen entscheide der Richter allein auf Grund der Anschauungen der Allgemeinheit. In auffälligem Widerspruch hierzu stehen auch seine zutreffenden Äußerungen auf S. 11: „Das Material für seine Werturteile hat der Richter also den herrschenden objektiven, gesellschaftlichen und ethischen Anschauungen . . . zu entnehmen. Aber auch nicht mehr als das! Ganz verfehlt ist . . . die Annahme, als ob der Richter Werturteile bestimmten Inhalts für jeden Einzelfall in den Sitten- und Verkehrsanschauungen bereits fix und fertig vorfände . . . ". Diese geben ihm „schätzbarstes Material . . . für sein Werturteil, aber dieses selbst ist rein individuell, ist jedesmal eine besondere Schaffenstat."

[101]) a. a. O. § 550, Anm. 2 b.

[102]) a. a. O. S. 153 ff., 173 ff.

[103]) a. a. O. S. 98 ff.

sen. Auf strafrechtlichem Gebiet geben Mannheim[104]) eine eingehende Zusammenstellung veröffentlichter, und Pohle[105]) eine sorgfältige Darstellung nicht veröffentlichter, reichsgerichtlicher Urteile. Die vorliegende Arbeit kann sich daher auf die Anführung einiger Beispiele beschränken.

So hält sich RGSt. 40 S. 263 nicht für berechtigt, nachzuprüfen, was ein „geschlossener Personenkreis" ist. RGSt. 65 S. 278 untersucht dagegen selbständig, wie groß die Personenzahl sein muß, damit man von einem „gemeinsamen Erscheinen mit anderen" i. S. des § 3 Abs. I der Verordnung des Reichspräsidenten gegen Waffenmißbrauch vom 25. 7. 1930 sprechen kann und kommt zu dem Ergebnis, daß außer dem bewaffneten Täter mindestens noch zwei Personen vorhanden sein müssen. RGSt. 29, 168 hält die Frage, wieviel Personen zu einer „Versammlung" gehören, für nicht nachprüfbar. RGSt. 56, 184 dagegen nimmt eine Untersuchung dieses Begriffes i. S. des § 1 des Vereinsgesetzes vor (vgl. hierzu auch RGSt. 57, 343). Was „Gegenstände des täglichen Bedarfs" oder des „hauswirtschaftlichen Verbrauchs" sind, das wird von RGSt. 51, 211, 52, 174 und 58, 374 für nachprüfbar angesehen. Nach RGSt. 50, 81 und 52, 5 sind diese Merkmale irrevisibel. RGSt. 52, 227 erklärt die Subsumtion unter den Begriff der „unlauteren Machenschaft" für revisionssicher. RGSt. 52, 311 und RGSt. 53, 158 treten dagegen in eine selbständige Prüfung ein. In dem bekannten „Leinenfängerfall" in RGSt. 30, 25 wird eine Untersuchung der „Pflichtwidrigkeit" abgelehnt. Ebenso verfahren RGSt. 24, 417 und 53, 134. Den entgegengesetzten Standpunkt vertreten RGSt. 36, 78 und 57, 172. Was eine „teilweise Zerstörung" i. S. des § 305 St.G.B. ist, soll nach RGSt. 54, 205 revisibel sein, nach RGSt. 20, 182 dagegen nicht. Ob eine „Beschimpfung" vorliegt, das wird von RGSt. 66, 139 nachgeprüft. RGSt. 31, 411 glaubt dagegen, daß es zu einer solchen Untersuchung nicht befugt sei.

Dies ist nur ein kleiner Ausschnitt aus der überaus großen Zahl von Entscheidungen über normative Tatbestandsmerkmale. Überall stoßen wir auf auffällige Widersprüche, und nirgends ist ein allgemeiner Grundsatz niedergelegt worden. Wenn das Reichsgericht die Nachprüfung ablehnt, dann begründet es dies entweder mit einem Hinweis darauf, daß die betreffenden Begriffe „tatsächlicher" oder „im wesentlichen tatsächlicher Natur" seien[106]), oder wir finden Wortfassungen wie: Die Frage liegt „im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete"[107]), auf dem „Gebiet der tatsächlichen Würdigung"[108]), sie ist „Sache der tatsächlichen Feststellung" oder „Beurteilung"[109]) oder „Frage des Einzelfalles"[110]). Alles

---

[104]) a. a. O. S. 85 ff.
[105]) a. a. O. S. 3 ff.
[106]) So z. B. RGSt. 8, 406; 10, 308; 24, 375; 24, 417; 29, 168; 29, 246; 30, 231; 41, 33; 53, 135; 55, 182 und RGSt. 24, 225; 27, 361; 30, 59; 50, 183.
[107]) RGSt. 51, 294; 29, 408.
[108]) RGSt. 29, 83; 30, 25; 34, 102; 53, 212.
[109]) RGSt. 27, 295; 34, 439 und RGSt. 31, 411.
[110]) RGSt. 10, 173: „Erwägung aller Umstände des Einzelfalles"; 40, 76: „Beurteilung im Einzelfalle"; 40, 244: „Sache der tatsächlichen Prüfung des Einzelfalles"; 52, 227: „. . . hängt im wesentlichen von den Umständen des Einzelfalles ab".

dies sind aber nur verschiedene Formulierungen für die sog. „Tatfrage", die einige Urteile denn auch ausdrücklich erwähnen [111]).

Im Schrifttum liegen die Verhältnisse ähnlich. Allerdings sind die Äußerungen zur Frage der Revisibilität der normativen Tatbestandsmerkmale recht spärlich. Die wenigen aber lassen bereits erkennen, daß hier die gleiche Uneinheitlichkeit wie in der Rechtsprechung herrscht.

Dies beruht darauf, daß man im wesentlichen mit denselben Kriterien arbeitet wie das Reichsgericht. Im Vordergrund steht auch hier die „Tatfrage", die im Gegensatz zur „Rechtsfrage" der revisionsgerichtlichen Nachprüfung verschlossen sein soll [112]). Allerdings scheint eine neueste Strömung ganz beachtlich an dem solange für unerschütterlich gehaltenen Thron dieses alten Begriffspaares zu rütteln. Ihr Ausgangspunkt ist die Gegenüberstellung „Tatsachenurteil" und „Werturteil" oder „Tatsachenfeststellung" und „Tatsachenbewertung", die sich zuerst bei Mezger [113]) findet. Mannheim hat diese Antithese dann zur Grundlage seines ganzen Buches gemacht [114]).

Keiner der genannten Lösungsversuche kann befriedigen [115]). Was zunächst die „Tat- und Rechtsfrage" anbetrifft, so ist es bis jetzt weder der Rechtsprechung noch dem Schrifttum gelungen, eine prinzipielle Scheidung zwischen beiden Begriffen durchzuführen. „Ich bin über 30 Jahre beim höchsten Gerichtshof beschäftigt gewesen", sagt uns ein altes Mitglied des Reichsgerichts [116]), „und habe nicht gelernt, wo die Grenze liegt. Feste Grundsätze darüber sind nie ausgesprochen" [117]). Dieses offene Bekenntnis stammt aus der Zeit kurz vor dem Weltkrieg. Seitdem hat sich hier jedoch nichts geändert. „Die Neigung der Juristen, die Formel „„Tat- und Rechtsfrage"" als Lösung des Revisionsproblems anzusehen, ist eben anscheinend unausrottbar" [118])

Und trotzdem ist die Heranziehung dieses Gegensatzpaares weder notwendig noch überhaupt zulässig. Das Gesetz sagt uns an keiner Stelle, daß nur die „Rechtsfrage" revisibel ist, die „Tatfrage" dagegen nicht [119]).

---

[111]) RGSt. 4, 392; 20, 332; 24, 27; 27, 182; 29, 348; 38, 110; 45, 86; 52, 3; 55, 85.

[112]) Wach, J.W. 1881, S. 73 ff., und „Vorträge", S. 286; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 6; Richard Schmidt, Lehrbuch, S. 798; Stein-Jonas, § 545 III B; Dalcke, a. a. O. § 337, Anm. 27; Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, S. 198, 199; Sydow-Busch, § 561 Z.P.O. Anm. 1 u. 5; Löwe-Rosenberg, § 337, Anm. I, 2 a; Manigk, a. a. O. S. 123 u. 156.

[113]) Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, S. 84/85.

[114]) a. a. O. S. 40 ff.

[115]) Plappert, a. a. O. S. 57 f., entscheidet die Frage der Revisibilität der unbestimmten Begriffe danach, ob sie sich in einer zwingenden Rechtsnorm befinden oder nicht. Dieser Vorschlag ist für unsere Untersuchung jedoch schon deshalb wertlos, weil alle strafrechtlichen Tatbestände zwingender Natur sind. Vgl. im übrigen die treffende Kritik der Plappertschen Theorie bei Bühler, Arch. ö. R., N. F. 18 S. 284 ff.

[116]) Erythropel, a. a. O. S. 59.

[117]) Das hebt auch Manigk, a. a. O. S. 123, hervor.

[118]) Mannheim, a. a. O. S. 34.

[119]) So auch Mannheim, a. a. O. S. 38.

Wir brauchen uns deshalb nicht weiter zu wundern, wenn wir nirgends eine stichhaltige Begründung für die Verwendung dieser Antithese finden. Man begnügt sich vielmehr damit, sie als Dogma an den Anfang jeder Erörterung über die Revision zu stellen. „Die Revision ist revisio in iure, nicht in facto", heißt es bei Wach [120]). Nach dieser Behauptung hält er sich für berechtigt, alles auf die „Tat- und Rechtsfrage" abzustellen. Dasselbe Verfahren benutzt er in seinen „Vorträgen über die Reichszivilprozeßordnung": „Der Revisionsgrund ist Gesetzesverletzung. . . . Damit stehen wir vor dem Gegensatz der Tat- und Rechtsfrage" [121]). Genau so geht Walter Jellinek vor: „Das Revisionsgericht hat nur über Gesetzesverletzungen zu entscheiden; an die tatsächlichen Feststellungen der unteren Gerichte ist es gebunden; dadurch entsteht die Scheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage. . . ." [122]).

Uns will dieses „damit" oder „dadurch" in keiner Weise einleuchten. Die Strafprozeßordnung spricht nur von „Gesetzesverletzung". Hieraus kann man höchstens folgern, daß alles andere, was sich nicht als Gesetzesverletzung darstellt, irrevisibel ist. Unrichtig aber ist der Schluß, daß damit die „Tatfrage" von jeder Nachprüfung ausgenommen ist. Ganz abgesehen davon, daß uns noch niemand hat sagen können, was wir uns denn nun eigentlich unter der „Tatfrage" und der „Rechtsfrage" vorzustellen haben [123]), ist es durchaus nicht einmal notwendig, sich den Gegensatz als ausschließlich zu denken [124]). Seit Steins Abhandlung über „Das private Wissen des Richters" neigen wir vielmehr zu der Annahme, daß zwischen der „Tat"- und der „Rechtsfrage" noch ein breites Mittelgebiet vorhanden ist, das sich weder der einen noch der anderen eingliedern läßt [125]). Besondere Wahrscheinlichkeit gewinnt diese Vermutung aber dadurch, daß gerade die Einordnung der normativen Tatbestandselemente in eine der beiden Kategorien, wie die angeführten Reichsgerichtsentscheidungen zeigen, auf unüberwindliche Schwierigkeiten stößt [126]).

Zur Rechtfertigung der Gegenüberstellung von „Tat- und Rechtsfrage" könnte höchstens noch ein Hinweis auf den § 561 Abs. II Z.P.O. benutzt werden [127]). Es erscheint jedoch schon recht zweifelhaft, ob man in einer Bestimmung, die an so versteckter Stelle ihren Platz gefunden hat, den Niederschlag des großen Leitgedankens suchen darf, der das gesamte

---

[120]) „Die Tat- und Rechtsfrage bei der Revision im Zivilprozeß" in J.W. 1881, Nr. 10 u. 11, S. 74.

[121]) „Vorträge", S. 285/86.

[122]) Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 6; ähnlich Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, S. 198.

[123]) Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, S. 199, bezeichnet dieses Problem als einen „Knoten, dessen Lösung allen Menschenwitz übersteigen würde".

[124]) So auch Mannheim, a. a. O. S. 37; vgl. auch S. 40.

[125]) Stein, a. a. O. S. 16 ff., 107 f.

[126]) Siehe Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, S. 198, Anm. 181: „Sind die Feststellungen, daß der Angeklagte die Grenzen der erforderlichen Verteidigung überschritten habe, daß die von ihm verwandten Ausdrücke beleidigender Natur seien, daß die von ihm verursachte Körperverletzung auf Fahrlässigkeit beruhe usw. tatsächlicher oder rechtlicher Art? Eine Antwort ist unmöglich."

[127]) So z. B. Manigk, a. a. O. S. 123.

Revisionsrecht beherrschen soll[128]). Noch bedenklicher aber wird dieser Hinweis dadurch, daß die Strafprozeßordnung eine dem § 561 Abs. II Z.P.O. entsprechende Vorschrift überhaupt nicht kennt. Dies ist besonders auffällig deshalb, weil die beiden Prozeßgesetze sich in anderen Paragraphen genau entsprechen, z. B. in §§ 549 Abs. I, 550 Z.P.O. und § 337 St.P.O., und weil sie als Teile der großen Reichsjustizgesetzgebung genau zur gleichen Zeit ins Leben getreten sind. Die Annahme eines Redaktionsversehens aber ist so gut wie ausgeschlossen. Hiergegen spricht nicht nur die oft gerühmte Ruhe und Gründlichkeit des damaligen Gesetzgebers, sondern vor allem die Tatsache, daß auch die anderen Verfahrensarten keine dem § 561 Abs. II. Z.P.O. entsprechende Bestimmung enthalten[129]).

Das Gegensatzpaar „Rechts- und Tatfrage" ist daher ohne jede gesetzliche Stütze und praktisch unbrauchbar[130])[131]).

Dasselbe aber gilt auch für die neue Antithese „Tatsachenurteil und Werturteil" oder „Tatsachenfeststellung und Tatsachenbewertung", die vor allem von Mannheim durchgeführt wird. Zunächst müssen wir, genau wie bei der „Rechts- und Tatfrage" feststellen, daß das Gesetz diese Gegenüberstellung nicht kennt und an keiner Stelle die „Tatsachenbewertung" oder das „Werturteil" für nachprüfbar erklärt, die „Tatsachenfeststellung" oder das „Tatsachenurteil" dagegen für irrevisibel. Will man diesen Unterschied daher zur Grundlage des ganzen Revisionsrechtes machen, so muß man auch wirklich durchschlagende Gründe anführen können. Dies hat Mannheim leider nicht vermocht.

Nachdem er zunächst[132]) recht überzeugend dargelegt hat, daß die übliche Trennung zwischen „Rechts- und Tatfrage" unbegründet und undurchführbar ist, und daß deshalb der Begriff der „Gesetzesverletzung" im § 337 St.P.O. zum Ausgangspunkt dienen muß, erscheint es recht befremdlich, daß er uns plötzlich das Geständnis macht, zwischen der „Tat- und Rechtsfrage" einerseits und der von ihm verwendeten „Tatsachenfeststellung" und „-bewertung" andererseits bestünde eigentlich gar kein rechter Unterschied[133]). Mindestens liegt hier eine Ungenauigkeit im Ausdruck vor.

---

[128]) So auch Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 506; Pagendarm, a. a. O. S. 2.

[129]) R.A.O. §§ 265 ff.; R.V.O. §§ 1694 ff.; R.A.G.G. §§ 72 ff.; Preuß. L.V.G. §§ 93 ff.

[130]) So auch Stein, a. a. O. S. 107; anders allerdings Stein - Jonas, § 549 Anm. III.

[131]) Eine besondere Kritik der sog. „Frage des Einzelfalles" halten wir nicht für notwendig, da wir der Ansicht sind, daß es sich hier nur um eine andere Bezeichnung dessen handelt, was das Reichsgericht und das Schrifttum sonst unter der sog. „Tatfrage" verstehen. Vgl. im übrigen die durchaus billigenswerten Ausführungen Pohles, a. a. O. S. 51 f.: „Schon die Bezeichnung ist wenig glücklich. Jeder Richter beurteilt einen einzelnen Fall, den er in allen seinen Besonderheiten zu würdigen hat. Jede Subsumtion ist an sich eine Frage des Einzelfalles . . . . ". So auch Tezner, a. a. O. S. 135.

[132]) a. a. O. S. 33 ff.

[133]) a. a. O. S. 64: „Hier aber könnte ja . . . auch die Grenze zwischen Tat- und Rechtsfrage oder — wie wir es nennen —zwischen Tatsachenfeststellung und Werturteil laufen."

Aber auch davon abgesehen ist die Mannheimsche Lösung unhaltbar. Eine reinliche Scheidung zwischen Feststellung und Bewertung von Tatsachen ist nicht möglich. Diese Erkenntnis hatte uns bereits dazu geführt, einen wesensmäßigen Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Begriffen zu leugnen und nur noch einen graduellen aufrecht zu erhalten. Auch die einfachste Feststellung einer Tatsache ist zugleich eine Bewertung und ohne sie überhaupt nicht denkbar [134]). Wenn jemand einen bestimmten Sinneseindruck wiedergeben will und sagt: „Dort läuft ein Pferd", dann stellt er nicht nur etwas fest, sondern er trifft auch eine gewisse Auswahl. Er ordnet den Gegenstand, den er vor sich sieht, zunächst in die große Gattung der Lebewesen, und dann in immer engere Untergruppen ein. Dieser ganze Vorgang wird ihm in aller Regel nicht zum Bewußtsein kommen, aber anders als in solchen Kategorien scheint eben doch ein Denken und Urteilen garnicht möglich zu sein [135]). Daß auch die anscheinend so einfache Feststellung: „Dort läuft ein Pferd" bereits eine Bewertung enthält, wird deutlicher werden, wenn wir daran erinnern, daß es unter Umständen dem Laien überhaupt nicht möglich ist, eine bestimmte Pferdeart z. B. von einem Maultier zu unterscheiden, sondern daß hierzu fachmännische Kenntnisse erforderlich sind.

Hieraus geht zugleich hervor, daß der Unterschied zwischen „Tatsachenfeststellung" und „-bewertung" in der Einfachheit des geistigen Aktes nicht liegen kann [136]). Dies gibt auch Mannheim ausdrücklich zu [137]). Er macht uns sogar das Zugeständnis, daß „die Urteile: rot, süß, schnell, hart, rund, laut usw. . . . im strengsten Sinne" auch nicht mehr ausschließlich Tatsachenfeststellung sind [138]). Seine einzige Begründung für die Aufrechterhaltung seiner Antithese ist schließlich der doch recht matte Satz: Es „zwingt uns hauptsächlich die Notwendigkeit, überhaupt ein Gebiet für die irrevisible Tatsachenfeststellung zu retten, dazu, alle Sinneswahrnehmungen . . . aus dem Bereiche der Werturteile herauszunehmen" [139]). Wie sehr er aber für eine verlorene Sache kämpft, das zeigt vor allem die dieser Begründung unmittelbar folgende Bemerkung: „Und schließlich sind Begriffe wie rot, süß, hart, laut usw. immerhin doch auch etwas anderes als etwa die Begriffe pflichtwidrig, kausal, gefährlich, möglich . . .". Wir können wirklich nicht einsehen, wodurch sich die beiden Kategorien unterscheiden sollen. Mannheim selbst sagt uns nichts Näheres darüber. Ja er räumt sogar seine letzte Stellung, wenn er gleich darauf fortfährt: „ . . . obwohl auch jene Begriffe zum großen Teil zweifellos Wertungen enthalten".

---

[134]) Lask, a. a. O. S. 318 ff.; Kisch, Die bestimmte Bezeichnung der Eidestatsache, S. 242 f.; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, S. 94/95; Schwinge, Z. Str. W. Bd. 51, S. 437; Schnek, a. a. O. S. 152; Stein, a. a. O. S. 8 ff.; Mezger, Z. Str. W. Bd 47, S. 161; Mannheim, a. a. O. S. 41 ff., insbesondere das auf Seite 60 u. 61 angeführte einleuchtende Beispiel aus der Verteidigungsschrift des Schulreformers Gustav Wyneken.

[135]) Rickert, a. a. O. S. 325.

[136]) Von dieser falschen Auffassung geht z. B. RGSt. 57, 412 aus. Vgl. zur Kritik dieser Ansicht auch Pohle, a. a. O. S. 42.

[137]) Mannheim, a. a. O. S. 62.

[138]) Mannheim, a. a. O. S. 62.

[139]) Mannheim, a. a. O. S. 62.

Daher müssen wir seinen Lösungsversuch genau so ablehnen wie das Schlagwort von der „Rechts- und Tatfrage".

2). *Die eigene Auffassung.*

Unsere grundsätzliche Einstellung zu der Frage der Nachprüfbarkeit ergibt sich eigentlich schon aus der bereits gewonnenen Erkenntnis über die allgemeine Stellung der normativen Tatbestandsmerkmale im System der strafrechtlichen Begriffe überhaupt. Wir waren zu dem Ergebnis gekommen, daß sich nur ein gradueller, nicht aber ein wesensmäßiger Unterschied zwischen normativen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen durchführen läßt. Wenn aber eine prinzipielle Verschiedenheit zwischen beiden Begriffsarten garnicht vorhanden ist, dann liegt doch eigentlich der Schluß nahe, daß sie auch in der Revisionsinstanz nicht getrennt behandelt werden dürfen [140]). Trotzdem besteht die Notwendigkeit einer näheren Nachprüfung. Einmal deshalb, weil wir ja feststellen mußten, daß die normativen Tatbestandsmerkmale in überaus großer Zahl und in weitem Umfang auf außergesetzliche Maßstäbe und Anschauungen, also auf etwas Nichtrechtliches, verweisen, bei der Erörterung der Revision aber immer wieder als das Wesentliche die Beschränkung auf die Nachprüfung in iure hervorgehoben wird. Dann aber ist zu berücksichtigen, daß das Gesetz dem Richter durch die Verwendung normativer Tatbestandsmerkmale eine gewisse Freiheit einräumen will, die sich vielleicht schon begrifflich jeder Kontrolle entzieht.

Diese beiden Bedenken bestehen jedoch nicht gegenüber allen normativen Elementen. Eine bestimmte Anzahl dieser Begriffe, nämlich die Gruppe der „wertgefüllten" Merkmale, läßt keinen Zweifel über die Revisibilität aufkommen [141]). Hier hat der Richter weder einen Ermessensspielraum, noch wird er zur Heranziehung außerrechtlicher Normen genötigt. Dieser Teil der normativen Tatbestandselemente ist also im ganzen Umfang revisibel und braucht deshalb in den nachfolgenden Erörterungen nicht mehr berücksichtigt zu werden.

Der allein mögliche Ausgangspunkt einer jeden Untersuchung über die Revisionsfrage ist der § 337 Abs. I St.P.O. Er bestimmt: „Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe". Was unter dem hiernach maßgebenden Begriff der Gesetzesverletzung zu verstehen ist, wird durch den § 337 Abs. II St.P.O. erläutert: Dort heißt es: „Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist."

Hieraus ergibt sich, daß die gesamte richterliche Tätigkeit von jeder Kontrolle frei ist, soweit sie sich nicht als Rechtsanwendung darstellt. Dies gilt zunächst für alle die Handlungen des Richters, die unter dem Kennwort der Sachverhaltsermittlung zusammengefaßt werden können. Allerdings wählt man hier im allgemeinen den Ausdruck Tatsachenfeststellung. Wir halten das jedoch für unzweckmäßig und gefährlich. Schon der Begriff der Tatsache ist recht unklar und bestritten, und es steht nicht einmal fest, ob das Gesetz ihn an allen seinen Stellen in dem gleichen

---

[140]) So auch z. B. Mannheim, a. a. O. S. 103.
[141]) So auch Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung, S. 23.

Sinne gebraucht [142]). Dann aber haben wir erkannt, daß rein feststellende Handlungen überhaupt nicht denkbar sind, sondern daß jede Tatsachenfeststellung zugleich ein Auswählen und damit eine Bewertung erforderlich macht.

Sachverhaltsermittlung nun bedeutet zunächst weiter nichts als das Aufsuchen, das Aufspüren und das Festlegen von Umständen und Verhältnissen aus der Welt der realen Erscheinungen. Man könnte deshalb denken, daß es derjenige Bereich richterlicher Tätigkeit ist, der keine typisch juristische Arbeit verlangt, und der daher ebensogut von jedem Laien vorgenommen werden könnte. Dies ist jedoch unrichtig. Es handelt sich hier nicht um ein einfaches Zusammenstellen und Aneinanderreihen aller derjenigen Realitäten, die sich in einem bestimmten Zeitraum und an einem bestimmten Ort zugetragen haben. Das Wesen der Sachverhaltsermittlung besteht vielmehr darin, daß von vornherein eine gewisse Ordnung und Auswahl getroffen wird. Es handelt sich um eine Art „Vorformung" im Sinne Radbruchs [143]). Der Richter will hier ebensowenig wie der Gesetzgeber bei der Aufstellung seiner Tatbestände die gesamte Wirklichkeit festlegen, sondern nur das, was unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt eventuell von Erheblichkeit erscheint. Deshalb könnte der juristische Laie diese Tätigkeit niemals vornehmen.

Obwohl aber hier bereits rechtliche Maßstäbe herangezogen werden, kann man in diesem Stadium noch nicht von einer Rechtsanwendung reden [144]). Den Unterschied zwischen beiden Begriffen können wir uns am besten an dem Beispiel des schaffenden Künstlers, also etwa des Malers, verdeutlichen. Auch dessen Arbeit beginnt zunächst mit der Herbeischaffung des Materials, mit dem Sammeln von Zutaten. Auch er aber stellt auf seiner Palette nicht alle nur denkbaren Farben zusammen, er wählt sie vielmehr aus in unmittelbarer Rücksicht auf das anzufertigende Bild, das ihm bereits deutlich vorschwebt. Und doch kann hier noch niemand behaupten, daß der Künstler bereits mit seiner eigentlichen Tätigkeit, dem Malen, begonnen hätte. Er trifft vielmehr erst die erforderlichen Vorbereitungen hierzu. Genau so liegt es beim Richter. Die Sachverhaltsermittlung dient nur dazu, ihm die notwendige Grundlage für die Anwendung von Rechtsnormen zu schaffen. Sie ist lediglich Stoffsammlung und Voraussetzung für eine jede Rechtsanwendung, darf aber dieser nicht gleichgesetzt werden. Der erste Urteilsakt ist daher gegen jede Kontrolle gesichert [145]).

---

[142]) Pohle, a. a. O. S. 43; Schwinge, Z. St. W. Bd. 51, S. 437; Mannheim, a. a. O. S. 42 ff.; Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, S. 30 ff.

[143]) a. a. O. S. 347.

[144]) So auch z. B. Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 69.

[145]) So auch die bei weitem überwiegende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung, allerdings mit verschiedener Begründung; z. B. Löwe-Rosenberg, § 337 Abs. 1 2 a; Manigk, a. a. O. S. 64; Dalcke, § 337 Anm. 27; Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, S. 189/190; Pagendarm, a. a. O. S. 6; Mannheim, a. a. O. S. 35 u. 36, und Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 70; vgl. hier insbesondere in der Anm. 192 die treffende Kritik zu Mannheims eigentümlicher Beweisführung. RGSt. 12, 436; 39, 293; 45, 159; 59, 55; 23, 91.

Die eigentliche Schwierigkeit des Problems kann daher nur noch im Bereiche der Subsumtion liegen. Es handelt sich hier um die Frage, ob der vom Richter ermittelte Sachverhalt so beschaffen ist, daß er von irgendeiner Rechtsnorm erfaßt wird. Dies läßt sich nur dann beantworten, wenn man sich zuvor Klarheit darüber verschafft hat, welchen Umfang die in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen denn überhaupt haben, d. h., wenn man ihren grundsätzlichen rechtlichen Gehalt erforscht hat. Daß hier eine ausgesprochen juristische Tätigkeit einzusetzen hat, wird niemand bestreiten. Man könnte aber den Einwand machen, es handele sich in diesem Bereiche genau so wenig wie bei der Sachverhaltsermittlung schon um eine Anwendung von Recht, sondern ebenfalls erst um die Bereitstellung des Materials, also um die Schaffung der Voraussetzungen hierzu [146]). Diese Auffassung ist jedoch nicht berechtigt. Sie übersieht, daß der Richter die Merkmale eines gesetzlichen Tatbestandes nie schlechthin interpretiert, sondern immer nur im Hinblick auf den konkreten Sachverhalt, der sich tatsächlich ereignet hat. Er handhabt also die gesetzlichen Normen und Begriffe lediglich mit Rücksicht auf den zu entscheidenden Fall. Daher kann und muß man hier von einer rechtsanwendenden Tätigkeit sprechen, die der Nachprüfung durch die Revisionsinstanz unterworfen ist.

Dasselbe gilt für die Beantwortung der abschließenden Frage, ob der ermittelte Sachverhalt von der durch die Interpretation geklärten Rechtsnorm erfaßt wird, ob also das Verhältnis der Divergenz oder der Kongruenz zwischen beiden besteht; denn dieses Ziel kann der Richter nur dadurch erreichen, daß er den in der gesetzlichen Bestimmung enthaltenen Maßstab auf den tatsächlich festgestellten Lebensausschnitt überträgt, also das Recht auf ihn anwendet.

Somit kann festgestellt werden, daß die gesamte richterliche Tätigkeit mit Ausnahme der eigentlichen Stoffsammlung oder Sachverhaltsermittlung vom Revisionsgericht kontrolliert werden kann [147]).

Das Gesetz enthält nun an keiner Stelle einen ausdrücklichen Hinweis darauf, daß bestimmte Gattungen von Begriffen von dieser Nachprüfbarkeit ausgeschlossen sein sollen. Trotzdem könnte man vielleicht die Auffassung vertreten, daß bei den normativen Tatbestandsmerkmalen eine Sonderbehandlung notwendig sei. Diese Begriffe sind ja nicht aus sich selbst heraus verständlich, sondern empfangen ihren eigentlichen Gehalt erst aus der Welt des Tatsächlichen. Jede Änderung der herrschenden Lebensverhältnisse und Kulturanschauungen hat auch eine innere Wandlung aller der Bestimmungen zur Folge, die ein normatives Tatbestandsmerkmal beherbergen. Der Wortlaut des Gesetzes ist derselbe geblieben, und doch wird und darf heute wegen Verbreitung unzüchtiger Schriften verurteilt werden, wer gestern noch ganz unbedenklich von demselben Richter freigesprochen worden wäre [148]). Denken wir nur an die grundlegende Umgestaltung aller unserer Auffassungen,

---

146) Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 70, geht an dieser Schwierigkeit leider völlig vorbei.

147) Ganz ähnlich auch Pohle, a. a. O. S. 24 u. 79.

148) Vgl. auch Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 378 und 379.

die die Tat des 30. Januar 1933 hervorgerufen hat! Wenn aber dieser weitgehenden Unabhängigkeit der normativen Tatbestandsmerkmale von der gesetzlichen Formulierung auf der anderen Seite eine innige Schicksalsverbundenheit mit den tatsächlichen Lebensumständen entspricht, so könnte man daraus folgern, daß es sich hier garnicht mehr um rechtliche, sondern nur um außergesetzliche Maßstäbe handele. Diese aber seien jeder Nachprüfung durch die Revision verschlossen, weil § 337 St.P.O. eben das Vorliegen einer Rechtsnorm voraussetze. Wir können uns jedoch dieser Ansicht nicht anschließen. Es ist zwar richtig, daß die Rechtsordnung nur sehr unvollkommenen Aufschluß darüber gibt, was z. B. als „unzüchtig" oder als „grober Unfug" anzusehen ist, und daß wirkliche Klarheit hierüber nur durch eingehende Prüfung der maßgebenden Anschauungen unserer Gemeinschaft zu gewinnen ist. Das nimmt diesen normativen Tatbeständen aber nicht die Eigenschaft von Rechtsnormen, sondern erhebt gerade umgekehrt die jeweils herrschenden Ansichten zu Maßstäben von gleichem rechtlichen Charakter, wie wir sie in den eindeutig feststehenden Begriffen vor uns haben[149]). Grundlage für eine Bestrafung ist immer nur der in den gesetzlichen Tatbeständen niedergelegte Gemeinschaftswille, gleichgültig nun, ob er in bestimmter Form zum Ausdruck kommt und daher aus sich selbst heraus verständlich ist, oder ob er wegen unbestimmter Formulierung eine Erläuterung durch Heranziehung außerrechtlicher Maßstäbe erforderlich macht. Der vom Gesetz geforderte Begriff der Rechtsnorm steht daher einer Revisibilität der normativen Tatbestandsmerkmale nicht entgegen.

Man könnte aber aus einem anderen Grunde Bedenken gegen ihre Nachprüfbarkeit herleiten. Wir hatten feststellen müssen, daß sich innerhalb eines jeden normativen Tatbestandselements ein mehr oder weniger großer Raum befindet, in dem von dem Vorhandensein objektiver Maßstäbe nicht mehr die Rede sein kann, und in dem ausschließlich die eigene individuelle Wertung und Willensentscheidung des Richters alles beherrscht. Diese rein subjektive Beurteilung aber zu kontrollieren ist schlechterdings unmöglich[150]). Das ergibt sich aus folgender Erwägung: Wer eine Entscheidung nachprüfen will, der muß auch die Möglichkeit haben zu erkennen, ob sie rechtmäßig ist oder nicht. Wie will das Revisionsgericht sich aber hierüber Gewißheit verschaffen, wenn jeder Vergleichsmaßstab fehlt? Weder das geschriebene Recht noch die herrschenden Anschauungen geben ja hier eine Antwort. Man könnte nun vielleicht darauf hinweisen, daß ja noch ein drittes, wenn auch kein objektives, Richtmaß vorhanden sei, nämlich die individuelle Wertung des Revisionsgerichtes. Dieser Einwand ist jedoch unhaltbar. Kein Revisionsgericht kann sich je dieselbe Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse mit allen ihren Einzelheiten verschaffen wie der Richter der ersten oder der Berufungsinstanz auf Grund seines lebendigen und unmittelbaren Eindrucks in der Hauptverhandlung. Die Nachprüfung des Ermessens würde daher nicht eine Verbesserung, sondern in jedem Falle eine Verschlech-

---

[149]) So z. B. auch Wach, Vorträge, S. 290; Kisch, J.R. 1926, Sp. 456; Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 71; Mannheim, a. a. O. S. 68 ff.
[150]) So auch z. B. v. Laun, a. a. O. S. 66; Peters, a. a. O. S. 93.

terung der Rechtsfindung bedeuten [151]). Das kann unmöglich der Sinn des Gesetzes sein.

Daraus ergibt sich die grundsätzliche Unüberprüfbarkeit der richterlichen Ermessensentscheidungen. Aber auch nicht mehr als das! Ein falscher pars — pro — toto — Schluß wäre es, wollte man hieraus etwa die Folgerung ableiten, daß nun die normativen Tatbestandsmerkmale überhaupt nicht nachprüfbar wären. Das Ermessen des Richters gibt zwar den letzten Ausschlag über den normativen Begriff, es beherrscht ihn aber nicht völlig. Sein Inhalt wird vielmehr in weitem Umfang durch die allgemeinen und durchschnittlichen Anschauungen des Volkes, also durch objektive Maßstäbe, bestimmt. Solange aber noch solche vorhanden sind, können all die Erwägungen, die wir beim Ermessen berücksichtigen mußten, keine Geltung beanspruchen. Erst dort, wo sie immer mehr verstummen, beginnt der Ermessensspielraum, und erst dort setzt auch das Verbot der Nachprüfung ein.

Damit gelangen wir zu folgendem Ergebnis:

Die Revisionsinstanz hat das Recht und die Pflicht zur Nachprüfung aller normativen Tatbestandsmerkmale. Hinsichtlich des Umfanges dieser Nachprüfung ist jedoch ein Unterschied zu beachten: Ein zahlenmäßig geringer Teil von Begriffen, die sog. „wertgefüllten" Elemente, sind in ihrer ganzen Ausdehnung revisibel, das große Heer der sog. „wertausfüllungsbedürftigen" Elemente dagegen nur insoweit, als objektiv feststellbare Normen, also insbesondere herrschende Volksanschauungen auf dem betreffenden Gebiet, tatsächlich vorhanden sind.

Diese Feststellungen bedürfen jedoch noch einer Ergänzung. Wir hatten erkannt, daß die Grenze zwischen dem durch objektive Maßstäbe beherrschten Raum und der Ermessenssphäre innerhalb der einzelnen normativen Merkmale keine scharfe und eindeutige ist. Sie verläuft nicht in Form einer dünnen Linie, sondern hat die Gestalt einer breiten verschwommenen Zone allmählicher Übergänge. Wo der eine Richter sich noch nicht zu eigener subjektiver Wertung befugt hält, weil er noch feste herrschende Anschauungen vorzufinden glaubt, wird ein anderer das Vorhandensein einer herrschenden Meinung nicht mehr feststellen können und sich deshalb zu einer subjektiven Ermessensentscheidung entschliessen. Kein Richter hat ja die Möglichkeit, alle Volksgenossen um ihre Ansicht zu befragen. Er kann sich immer nur die Meinungen eines ganz geringen Teiles vergegenwärtigen und hieraus einen Durchschnitt zu ermitteln versuchen. Je nach dem Herkommen nun, nach der sozialen Schichtung, der beruflichen Gliederung und der landschaftlichen Gebundenheit werden auch die allgemeinen und maßgebenden Auffassungen der in Betracht kommenden Gesellschaftskreise teilweise voneinander abweichen, wenn sie auch im Grundsätzlichen übereinstimmen. Das Revisionsgericht aber hat nicht die unmittelbare Fühlung mit den Volkskreisen, deren durchschnittliche Ansichten für den Vorderrichter solange maßgebend sind, als sie sich mit den großen Richtlinien des freigewählten Führers im Einklang befinden. Es kann deshalb auch nicht bis in die feinsten Einzelheiten hinein verfolgen, ob wirklich noch von einer herrschenden Anschauung gesprochen werden kann, oder ob der Richter

[151]) Schlosky, a. a. O. S. 106.

bereits zu einer Ermessensentscheidung genötigt ist. Daher hat das Revisionsgericht allein die Möglichkeit dann einzugreifen, wenn die als objektiv ermittelten Richtlinien von dem bisher Üblichen und Gewohnten so auffallend abweichen, daß der starke Verdacht einer Verkennung der herrschenden Auffassungen begründet erscheint. Das aber setzt voraus, daß dem Richter bei der Ermittlung und Festlegung der maßgebenden Lebensverhältnisse und allgemein anerkannten Prinzipien nicht nur ein geringer, sondern ein grober und wesentlicher Fehler unterlaufen ist [152]).

Wollte man anders entscheiden, so wäre dies auch ein geradezu unerträgliches Ergebnis, das nicht nur dem Ansehen und der Würde der Gerichtsbarkeit schwersten Schaden zufügen würde, sondern dem Untergericht geradezu als Schikane der Revisionsinstanz erscheinen müßte. Wie kann denn ein Richter überhaupt noch die notwendige Freude an seiner Tätigkeit haben, wenn er sich in ausführlicher Begründung zu der Entscheidung durchgerungen hat, daß 10 Flaschen Wein noch eine „geringe Menge" sind, und die Strafe deshalb nicht aus § 242 St.G.B., sondern aus § 370 Ziff. 5 St.G.B. zu entnehmen ist, das Revisionsgericht aber seine Entscheidung aufhebt, weil zwar eventuell 9 Flaschen noch als „geringe Menge" angesehen werden könnten, 10 Flaschen aber nicht mehr!

Ganz abgesehen jedoch von dieser Erwägung ist eine Revision hier schon deshalb ausgeschlossen, weil keine „Gesetzesverletzung" gegeben ist. Ob 10 Flaschen Wein eine geringe Menge sind, darüber gibt es keine herrschende Anschauung mehr. Diese sagt uns vielmehr nur, daß eine Flasche noch bestimmt als solche zu gelten hat, 100 Flaschen dagegen auf keinen Fall. Eine eingehende Nachprüfung würde vielleicht ermitteln können, daß die Grenzen doch nicht ganz soweit auseinander liegen. Viel näher aber werden sie sich kaum zusammenrücken lassen, ohne daß sich die Ansichten teilen, und die objektiven Maßstäbe damit zu versagen beginnen. Solange sich der Richter aber innerhalb dieses Raumes bewegt, ist keine seiner Entscheidungen falsch, weil sie von der durch das Gesetz für maßgebend erklärten Auffassung der Volksgemeinschaft nicht mißbilligt wird.

3). Die Bestätigung des Ergebnisses durch den Zweck der Revision.

Alle unsere Erwägungen hätten jedoch nur zweifelhaften Wert, wenn sie sich nicht in unmittelbarem Einklang mit dem Sinn und Zweck befänden, den das Gesetz mit der Revision verfolgt [153]).

---

[152]) Der hier gefundene Maßstab hat den Nachteil großer Unsicherheit. Dies beruht darauf, daß wir uns bemühen, die normativen Tatbestandsmerkmale als einheitliche Gesamterscheinung zu erfassen, obwohl sich unter ihrem Namen eine Fülle verschiedenartigster Begriffe verbirgt. Eine schärfere Abgrenzung wird erst dann möglich sein, wenn man sich auf Erforschung der besonderen Verhältnisse einzelner Klassen der normativen Elemente beschränken kann.

[153]) Über die grundsätzliche Berechtigung und Notwendigkeit der Heranziehung des Zweckmomentes bei der Erforschung des Rechts vgl. insbesondere die Bonner Antrittsvorlesung von Schwinge, „Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft" und dessen „Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht".

Dieser Zweck ist nicht unbestritten. Es lassen sich im wesentlichen zwei Hauptrichtungen unterscheiden: Die eine denkt in erster Linie an die Einzelperson und sieht das entscheidende Ziel daher in der größtmöglichen Entfaltung der materiellen Gerechtigkeit jedes einzelnen Falles [154]). Die andere dagegen stellt sich auf den Standpunkt des Staates und findet deshalb die Aufgabe der Revision in der Wahrung der Rechtseinheit [155]).

Für diese zweite Ansicht sprechen mehrere Gründe: Einmal könnte man bereits darauf hinweisen, daß im öffentlichen Recht schon grundsätzlich das Interesse des Staates, also der Gesamtheit, maßgebend sein müsse. Dann aber ließe sich anführen, daß das Gesetz fast alle Revisionen vor einem einzigen Gerichtshof, dem Reichsgericht, zusammengezogen und sich nicht gescheut hat, das kostspielige und umständliche Verfahren der Plenarentscheidung nach § 136 G.V.G. einzuführen [156]). Schließlich könnte man noch geltend machen, daß wenigstens der Zivilprozeß nur solche Revisionen für zulässig erklärt, die sich auf die Verletzung von Rechtsnormen eines größeren räumlichen Herrschaftsgebietes stützen können [157]) und deren Beschwerdegegenstand von hohem Wert ist.

Allen diesen Argumenten steht jedoch die Tatsache gegenüber, daß die Gefahr und die Kosten des Rechtsmittels sehr leicht den Angeklagten oder die Partei selbst treffen können. Der Gesetzgeber kann aber unmöglich von dem einzelnen soviel Idealismus verlangen, daß er die Revision nur deshalb einlegt, um die Rechtseinheit zu vervollständigen. Mannheim sagt sehr richtig: „Wenn man den Parteien überhaupt die rechtliche Möglichkeit gewährt, auf ihre Kosten und Gefahr ein „„Rechtsmittel"" einzulegen, so muß man dieses Rechtsmittel derartig konstruieren, daß die Parteien fühlbaren Nutzen davon haben können" [158]).

Wir sind deshalb der Ansicht, daß der ganze Streit über den Zweck der Revision allein aus dem positiven Recht heraus nicht entschieden werden kann. Er ist „Weltanschauungssache" [159]) und war deshalb einfach nicht zu lösen in einem Zeitalter ausgesprochen liberalistischer Gesamthaltung. Wie auf so vielen Gebieten, so ermöglicht auch hier erst die gedankliche Geschlossenheit unseres nationalsozialistischen Staates eine klare und endgültige Stellungnahme. Sie läßt keinen Zweifel mehr darüber, ob dem Interesse des Individuums oder dem des Staates der Vorrang gebührt. „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" und „Die Gesamtheit ist alles, der einzelne nichts", so lauten ihre entscheidenden Grundsätze.

---

[154]) So z. B. Mannheim, a. a. O. S. 2 u. 29.

[155]) So z. B. Mendelssohn-Bartholdy, J.W. 1921, S. 1237; Goldschmidt, Z.St.W. 41, S. 589; Fischer, a. a. O. S. 272; Stein-Jonas, § 545 Vorbemerkung I; Rosenberg, a. a. O. S. 467; Philippi, a. a. O. S. 126, 130 und RGZ. 115, 126.

[156]) Vgl. über dieses Verfahren vor allem Lauterjung, „Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte unter besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts".

[157]) Vgl. hierzu die treffende Bemerkung Steins, a. a. O. S. 109: „. . . ob eine Klage fällt, weil ein revisibles oder ein lokales Gesetz verletzt ist, — die Beschwer der Partei ist die gleiche."

[158]) Mannheim, a. a. O. S. 30; vgl. auch S. 2.

[159]) Mannheim, a. a. O. S. 2.

Der Staat, dem dieses Weltbild zugrunde liegt, ist mehr als irgendein anderer darauf bedacht, dem einzelnen alle Wege zur Durchsetzung seines vermeintlichen Rechts zu erhalten. Er zwingt ihn jedoch, diese Ansprüche zurückzustellen, wenn sie zu den Forderungen der Gemeinschaft in Widerspruch treten. Dies aber wäre der Fall, wenn man dem Angeklagten die unbeschränkte Möglichkeit zur Revisionseinlegung geben würde. Der oberste Gerichtshof nämlich könnte die dann an ihn herantretende ungeheure Arbeitslast nur durch eine erhebliche Vermehrung seiner Senate unter Hinzuziehung neuer Richter bewältigen. Jede Erweiterung seines Mitgliederbestandes aber erschwert immer mehr die persönliche Fühlungnahme innerhalb der Richterschaft und den Überblick über die Gesamtheit der Urteile. Sie führt daher mit zwingender Notwendigkeit die Gefahr uneinheitlicher und sich widersprechender Entscheidungen herbei. Die materiell richtige Beurteilung jedes Einzelfalles könnte also nur um den hohen Preis des Interesses aller Volksgenossen an einer möglichst gleichmäßigen und einheitlichen Rechtsanwendung erkauft werden. Ein solcher Gedanke ist mit der nationalsozialistischen Anschauung unvereinbar. Ihre starke und unerschütterliche Betonung der Gemeinschaftsidee bringt endlich auch die langentbehrte Klarheit in den Sinn der Revision. Sie zwingt uns, die alles überragende Aufgabe dieses Institutes in der Wahrung und Herstellung der Rechtseinheit zu sehen.

Diese Erkenntnis sagt uns zunächst, daß es richtig war, den gesamten Bereich der Sachverhaltsermittlung von der revisionsgerichtlichen Nachprüfung auszunehmen. Der Richter, der sich ein falsches Bild von der Wirklichkeit macht, kann unmöglich das richtige materielle Recht finden. Er gefährdet jedoch nicht die Rechtseinheit. Dies setzt vielmehr voraus, daß zwei Lebensausschnitte, die sich völlig gleichen, ungleich beurteilt werden, daß also zweierlei Maß an dieselbe Sache herangetragen wird. Nicht schon die unrichtige Sachverhaltsermittlung, sondern erst die falsche Rechtsanwendung ist daher imstande, die typische Aufgabe, die das Gesetz den §§ 333 ff. St.P.O. zugewiesen hat, auszulösen [160]).

Die Erkenntnis von dem Rechtseinheitscharakter der Revision sagt uns aber weiter, daß wir auch richtig verfahren sind, als wir eine bestimmte Gruppe normativer Deliktsbestandteile, nämlich die „wertgefüllten" Elemente, von vornherein und ohne Bedenken einer Nachprüfung unterstellten. Was „fremd" ist, wann eine rechtmäßige Amtsausübung vorliegt, und wann die Jagdberechtigung fehlt, darüber gibt es nur ein feststehendes gesetzliches Werturteil, das jedesmal in der gleichen Bedeutung verwendet werden will. Die falsche Handhabung dieser Merkmale bedeutet daher immer eine Gefahr für die Einheit des Rechts.

Vor allem aber bestätigt uns der Zweck der Revision die Richtigkeit des Satzes, daß auch alle „wertausfüllungsbedürftigen" Tatbestandselemente der Kontrolle unterworfen sind. Gerade hier, wo außergesetzliche Maßstäbe herangezogen werden müssen, ist die Möglichkeit einer verschiedenen Beantwortung derselben Fragen besonders groß, und gerade hier ist deshalb der Verdacht einer willkürlichen Herrschaft im Volke auch am stärksten. Ein Rechtsmittel, dessen wahrer Sinn in der Herstellung und Erhaltung der Rechtseinheit liegt, findet daher erst hier sein

[160]) Vgl. auch Pohle, a. a. O. S. 85 u. 94.

eigentliches Tätigkeitsgebiet. So zeigt uns denn auch ein Blick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen zu der Frage des „wichtigen Grundes", der „guten Sitten" und von „Treu und Glauben", besonders aber die Fülle der Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts zu § 10 II 17 ALR., daß manche Revisionsgerichte zum großen Teil überhaupt nur von der Nachprüfung der Anwendung einiger weniger Generalklauseln leben.

Es würde jedoch dem Zweck der Revision widersprechen, wenn der oberste Gerichtshof die Kontrolle bis in alle Einzelheiten durchführen müßte, weil mit jeder Vermehrung seiner Arbeitslast die Gefahr uneinheitlicher Beurteilungen immer größer wird. Er muß sich deshalb darauf beschränken, über die Einhaltung der großen Linien und der allgemeinen Grundsätze zu wachen. Wenn ein Urteil 200 Flaschen Wein noch als geringe Menge ansieht, dann verkennt es damit in so grober Weise die herrschende Meinung und mißt mit einem so willkürlichen Maßstab, daß auch in Zukunft mit unrichtigen Entscheidungen gerechnet werden muß. Diese würden schließlich auch die anderen Gerichte schwankend machen. Hier ist daher die Rechtseinheit gefährdet, und das Reichsgericht hat die Aufgabe, die Grenzen der gesellschaftlichen Wertung wieder in das rechte Licht zu rücken. Hält sich der Urteilsspruch aber innerhalb jenes Bereiches, der von objektiven Normen frei ist, weil die Auffassungen der Gemeinschaft sich zu teilen beginnen, dann kann von uneinheitlicher Rechtsanwendung nicht die Rede sein. Wo die herrschende Auffassung selbst keinen eindeutigen Maßstab mehr kennt, da fehlt ihr nicht nur das Recht, sondern sogar die Möglichkeit, zu behaupten, daß zwei gleiche Sachverhalte ungleich behandelt worden sind.

Somit können wir feststellen, daß die gefundenen Ergebnisse in jeder Hinsicht durch den Zweck der Revision bestätigt werden.

C. Die normativen Tatbestandsmerkmale und das nationalsozialistische Strafrecht.

I. Die Gegenüberstellung der Vorteile und Gefahren der normativen Tatbestandsmerkmale.

Seit seinem gewaltigen Siege vom 30. Januar 1933 hat der Nationalsozialismus immer wieder den energischen Willen zur baldigen Schaffung eines neuen Strafgesetzbuches bekundet und die weitesten Kreise zur tatkräftigen Mitarbeit an diesem Reformwerk aufgefordert. Wir glauben daher, daß mindestens heute eine Behandlung unseres Problems unvollständig wäre ohne den Versuch einer Klärung der Frage, wie sich das nationalsozialistische Strafrecht grundsätzlich zu den normativen Tatbestandsmerkmalen einstellen soll.

Die Denkschrift des preußischen Justizministers scheint ihre endgültige Herrschaft verkünden zu wollen. In der Wissenschaft dagegen mehren sich gerade neuerdings die warnenden Stimmen. Besonders ist hier hinzuweisen auf Hedemann, der seiner Abhandlung über „Die Flucht in die Generalklauseln" bereits den kennzeichnenden Untertitel gegeben hat: „Eine Gefahr für Recht und Staat".

Die normativen Tatbestandsmerkmale bieten zunächst eine große Reihe von Vorteilen, die ihre Verwendung in der Rechtsordnung sehr wünschenswert erscheinen läßt:

Durch ihr großes Fassungsvermögen geben sie dem Gesetz einmal das Mittel, die überaus große Menge der Lebenserscheinungen in verhältnismäßig wenigen Bestimmungen zusammenzufassen. Erst diese Kürze der äußeren Form aber ermöglicht dem einfachen Mann aus dem Volke die so notwendige allgemeine Übersicht über das strafrechtlich erlaubte und verbotene Tun. Darüber hinaus erleichtert sie der Wissenschaft die Arbeit der systematischen Durchdringung des Rechtsstoffes, weil sie den Gesetzgeber von vornherein zur Herausstellung des entscheidenden Grundgedankens zwingt.

Dies führt uns zur Entdeckung einer weiteren vorteilhaften Seite der normativen Elemente. Wir wissen, daß sich gewisse oberste Leitsätze nicht nur auf ein bestimmtes Gebiet beschränken, sondern alle Bereiche des Rechts durchziehen. Eine kasuistische Regelung löst diese Prinzipien aber überall in so viele Einzeltatbestände auf, daß niemand mehr an die im letzten Grunde bestehende Verwandtschaft aller Normen zu glauben vermag. Greift das Gesetz jedoch zur normativen Methode, und wählt es z. B. statt tausend und abertausend spezieller Regelungen das kurze Schlagwort von den „guten Sitten", dann leuchtet sofort ein großer Zusammenhang auf. Wir erkennen, daß nicht nur das bürgerliche Recht von diesem Grundgedanken beherrscht wird, sondern daß er u. a. auch hinüberwirkt in das Strafrecht. Schon nach geltendem Recht [161]) ist eine Körperverletzung, die mit Einwilligung des Verletzten vorgenommen wird, nur dann rechtswidrig, wenn sie trotzdem gegen die „guten Sitten" verstößt, und die Denkschrift des preußischen Justizministers schlägt unter der Überschrift: „Schutz von Treu und Glauben im Wirtschaftsleben" eine Bestimmung vor, die den bestraft, der auf eine „gegen die guten Sitten verstoßende Weise einem anderen vorsätzlichen Schaden zufügt" [162]) [163]). Ein solches Verfahren ist deshalb zu empfehlen, weil es schon äußerlich den Eindruck der Geschlossenheit und Folgerichtigkeit des Rechtssystems hervorruft.

Die normativen Tatbestandsmerkmale haben weiter die Fähigkeit, die Vorschriften des positiven Rechts elastisch und beweglich zu gestalten. Sie setzen den Richter in die Lage, dem konkreten Fall des täglichen Lebens wirklich das Rechtskleid anzumessen, das auf seine jeweilige indi-

---

[161]) § 223 a St.G.B., eingefügt durch die Novelle vom 26. V. 1933.
[162]) Denkschrift, S. 103.
[163]) Vgl. im übrigen Hedemann, a. a. O. S. 15 ff. Dort wird an vielen Beispielen das Vorhandensein der vom B.G.B. her bekannten Generalklauseln auch in allen anderen Rechtsgebieten aufgedeckt.

viduelle Eigenart die erforderliche Rücksicht nimmt[164]). Wollte der Gesetzgeber seine Tatbestände nur mit festumrissenen und scharf abgegrenzten Elementen ausfüllen, so ließe sich dieses Ergebnis niemals erreichen. Das Leben ist zu vielgestaltig, es überrascht durch die Aufdekkung immer neuer Kombinationen, und selbst von dem sorgsamsten und gründlichsten Gesetzgeber kann deshalb niemand erwarten, daß er auch nur annähernd an alle Fälle denkt, die vielleicht schon die nächste Zukunft bringt. Wir haben erst wieder in jüngster Vergangenheit erlebt, daß die tatsächlichen Lebensverhältnisse mit ihren immer unübersichtlicher werdenden Wirtschaftsbeziehungen dem geschriebenen Recht über den Kopf zu wachsen drohten, und daß man sich deshalb zu einer sofortigen Umgestaltung des Gesetzes entschließen mußte. Wir sprechen vom Untreuestrafrecht[165]). Hätte der Gesetzgeber hier von Anfang an auf eine kasuistische Regelung verzichtet und den Tatbestand durch Aufnahme normativer Elemente anpassungsfähiger gestaltet, dann hätte die Rechtsprechung die wirklich strafwürdigen Fälle auch ohne die so peinlichen „Künsteleien“[166]) erfassen können. Es ist deshalb sehr richtig, wenn Grünhut erklärt: „In der Rechtsanwendung führen gerade Begriffe von einer nur relativen Prägnanz zu zuverlässigeren Ergebnissen“[167]).

Aber nicht nur der Vollständigkeit des Rechts und seiner Individualisierung und Verfeinerung dienen die normativen Tatbestandsmerkmale[168]); durch ihre Wandlungsfähigkeit geben sie ihm auch die notwendige Frische und schützen es so vor der Gefahr allzu frühzeitigen Alterns. Jede Rechtsordnung spiegelt bis zu einem gewissen Grade die zur Zeit seiner Entstehung herrschenden Kulturanschauungen wider. Alle diese Grundsätze sind aber in einem ständigen Wandel begriffen, während die Norm, die mit rein beschreibenden Elementen ausgestattet ist, starr bleibt und sich in der neuen Zeit nicht mehr zurechtfindet. Ganz anders dagegen, wenn sich im Tatbestande normative Merkmale befinden. Diese empfangen ihren eigentlichen Gehalt ja erst durch die jeweils maßgebenden Auffassungen der Gemeinschaft. Sie wandeln sich mit ihnen bis in ihre feinsten Abtönungen und Verästelungen hinein und sorgen so dafür, daß das Recht immer der lebendige Ausdruck der Kulturanschauungen seiner Zeit bleibt, nie aber in Gegensatz zu ihnen tritt. Das ist ja

---

[164]) Vgl. auch die schönen Worte Steins, a. a. O. S. 102: „Nur durch die vollste Freiheit kann das ganze Maß von Bildung, Erfahrung und Wissen, das unser Richterstand besitzt, den Zwecken der Rechtspflege dienstbar gemacht werden.“

[165]) Vgl. hierzu Schwinge - Siebert, a. a. O. S. 12: „Die kasuistische Fassung der alten Untreuebestimmung erwies sich mit fortschreitender Komplizierung der Vorgänge des wirtschaftlichen Lebens als eine derartige Fessel für die Praxis, daß die Versuche, „„den Damm des § 2 St.G.B. gegen die Analogie zu durchbrechen““, . . . immer häufiger wurden . . . “.

[166]) Schwinge-Siebert, a. a. O. S. 12.

[167]) Grünhut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung, S. 16; ganz ähnlich auch seine Äußerung in Z.St.W. Bd. 47, S. 93, und v. Weber, a. a. O. Sp. 68.

[168]) Vgl. hierzu auch Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 24, und Birkmeyer, a. a. O. S. 357 ff.

gerade die große Sehnsucht und Forderung unserer Tage: Die ständig sich erneuernde Einheit zwischen Volk und Recht.

Dann aber läßt sich zugunsten der normativen Elemente noch anführen, daß sie nicht nur die Anregung, sondern sogar die Grundlage geben können zur Schaffung und zum Aufbau ganz neuer Rechtsgedanken [169]). Der besonderen Deutlichkeit und Einfachheit halber sei hier gestattet, auf ein Beispiel aus dem bürgerlichen Recht zu verweisen. Wir meinen das Institut der Aufwertung. Nur mit Hilfe eines unbestimmten Begriffs, nämlich dem von „Treu und Glauben" im § 242 B.G.B., war der Rechtsprechung die Schöpfung und Stützung dieses Gedankens und damit die Befriedigung des allgemeinen Volkswillens möglich.

Aus dieser Fähigkeit, selbständig neue Rechtsinstitute zu schaffen, ergibt sich schließlich noch ein weiterer Vorteil allgemeinerer Natur. Diesen sehen wir darin, daß durch die Einräumung größerer Freiheit das Verantwortungsgefühl des Richters gestärkt und seine Berufsfreudigkeit gehoben wird. Er ist ja jetzt nicht mehr der bloße „Gesetzesanwendungsautomat", der dem Einzelfall gegenüber hilflos ist, weil alle seine Schablonen nicht passen. Er ist vielmehr der große Heilkünstler, dem stets die modernsten Mittel zur Verfügung stehen, und der überall einen guten Rat weiß [170]).

Diesen unverkennbaren Vorteilen stehen aber schwerste Nachteile gegenüber:

In erster Linie ist hier die große Unsicherheit zu nennen, die die normativen Tatbestandsmerkmale in das Rechtsleben hineintragen [171]). Die gesetzliche Bestimmung des § 211 St.G.B. schreibt jedem Menschen ein ganz bestimmtes Verhalten vor. Wer ihren klar erkennbaren Tatbestand nicht erfüllt, ist sicher, daß die dort vorgesehene Strafe auf ihn keine Anwendung findet. Ganz anders aber liegt es z. B. beim § 185 St.G.B. Wo ist denn die Grenze zwischen der Beleidigung oder der Mißachtung einer anderen Persönlichkeit und der leichten und rechtlich belanglosen Spöttelei, die von jedermann hingenommen werden muß? In vollständig gleich gelagerten Fällen ist es hier möglich, daß der eine Richter die Frage bejaht, während der andere sie verneint. Der eine Anwalt verspricht seiner Partei einen günstigen Ausgang des Prozesses, weil der Vertrag nicht gegen die guten Sitten verstößt, und der andere sagt ihr das Gegenteil, weil das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden doch verletzt ist.

Es ist richtig, daß die erforderlichen Werturteile im Laufe der Jahre durch die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft allmählich vertypt werden [172]) und etwas festere Gestalt annehmen. Die grundsätzliche Unsicherheit aber bleibt bestehen. Das Vertrauen des Volkes in die Justiz ist

---

[169]) Schon Stein, a. a. O. S. 42, deutet dies an.

[170]) So auch Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 15: „Der Richter darf, ja er muß . . . als Verkündiger seiner Zeit, ihrer Anschauungen und Bedürfnisse auftreten . . . ."

[171]) Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 16; Hedemann, a. a. O. S. 67 ff.

[172]) Hofmann, a. a. O. S 16.

erschüttert[173]). Der einzelne Rechtsgenosse glaubt an die Herrschaft der Willkür, und in der Tat wird sein Verdacht nicht immer ganz unbegründet sein. Hedemann[174]) hat warnend darauf hingewiesen, daß die große Macht, die dem Richter durch die normativen Tatbestandsmerkmale in die Hand gegeben ist, bei „schwächeren Naturen" nicht zur Stärkung des Verantwortungsgefühls, sondern gerade zur „Eitelkeit und Überheblichkeit" führen wird. Denn für sie „muß es einen verlockenden Klang haben: Sittenrichter sein, nicht Paragraphenknecht, Künder von Treu und Glauben".

Eine andere Gefahr ist die der Verweichlichung sowohl der Denktätigkeit des Richters als auch der des Gesetzgebers. Wer nicht von heißer Hingabe an seinen Beruf erfüllt ist und in ihm nur eine Last erblickt, dem machen es die Generalklauseln nur allzu leicht, denn es ist bequemer, ein Ergebnis mit den „guten Sitten" zu begründen oder die Gemüter mit dem Hinweis auf „Treu und Glauben" zu befriedigen, als bis in die letzten Feinheiten logisch richtig durchzukonstruieren[175]).

Die größte Gefahr, die von seiten der normativen Tatbestandselemente droht, ist jedoch eine andere, nämlich die der Verwischung der Grenzen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, also die eines Angriffs auf das rechtsstaatliche Prinzip. Denn wenn die unbestimmten Begriffe dem Richter die Möglichkeit geben, ganz neue Institute, wie z. B. die Aufwertung, in die Rechtsordnung einzuführen, so scheint seine Tätigkeit nahe an die des Gesetzgebers heranzureichen, und wir mußten uns bereits im Anfang der Arbeit mit der verschiedentlich aufgestellten Behauptung auseinandersetzen, daß die Rechtsprechung durch die normativen Elemente in „verschleierter Form zur Gesetzgebung berufen" werde[176]).

II. Die Aufgabe des Gesetzgebers bei der Tatbestandsbildung.

Die Frage der Verwendung normativer Elemente bei der Tatbestandsbildung ist ein Ausschnitt aus dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt. Sie läßt sich daher nicht gleichmäßig für alle Völker und Zeiten, sondern immer nur aus der jeweiligen politischen und kulturellen Lage heraus beantworten.

Die Denkschrift des preußischen Justizministers hat sich mit großer Entschiedenheit zu einer normativen Ausgestaltung der Tatbestände entschlossen[177]). Wir halten dieses Verfahren für richtig. Es bietet die einzige Möglichkeit zur Bewältigung der ungeheuren Menge des Stoffes,

---

[173]) Vgl. auch Schwinge, Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, S. 25.

[174]) a. a. O. S. 71.

[175]) Vgl. Hedemann, a. a. O. S. 66 u. 67: „Der, der überlastet, der müde ist, macht sich's bequem, — und greift, im langsamen Gleiten öfter und öfter, nach dem bequemen Polster der Generalklausel."

[176]) Drost, Das Ermessen des Strafrichters, S. 22.

[177]) Sie verkennt die Gefahren nicht. Siehe Denkschrift S. 103.

die sich mit fest umrissenen deskriptiven Merkmalen nicht mehr einfangen läßt. Ein kraftvoller Staat, dem unser ganzes Vertrauen gehört, kann und muß sein Strafrecht so gestalten, daß auch wirklich alle asozialen Elemente erfaßt werden können. Nichts ist mehr geeignet, das sichere Gefühl eines Volkes zu seiner Staatsführung zu erschüttern, als wenn es immer wieder mit ansehen muß, wie gerade der größte und raffinierteste Verbrecher nicht unschädlich gemacht werden kann, weil das Gesetz in diesem Falle eine Lücke aufweist.

Allerdings wird der Gesetzgeber nicht schrankenlos von der normativen Methode Gebrauch machen dürfen. Die Gefahr eines Übergreifens der Strafgewalt auch auf strafunwürdige Fälle ist zu groß. Nur die Bestimmungen, die auf den unmittelbaren Schutz der Gemeinschaft abzielen, die den Bestand des Staates selbst verbürgen, können rein normativ gestaltet werden. Hier haben wir ein Recht, von dem einzelnen das Opfer der persönlichen Rechtssicherheit zu fordern, denn es geht um die Gesamtheit.

Bei allen anderen Tatbeständen aber wird sich der Gesetzgeber auch fernerhin um die Herausarbeitung möglichst genauer, eindeutig abgegrenzter Begriffe bemühen müssen. Der alte Magna-charta-Gedanke allerdings kann zur Stützung dieser Forderung nicht mehr herangezogen werden. Seine Daseinsberechtigung ist höchst zweifelhaft geworden. Das nationalsozialistische Strafrecht hat sich von der Vorstellung gelöst, daß der einzelne einen unbedingten Anspruch auf „Berechenbarkeit der Strafolgen" seines Verhaltens habe [178]). Henkel führt sehr richtig aus, daß man das neue Strafrecht nicht „auf die Erwartungen derjenigen" abstellen dürfe, „die ein Interesse an der Grenzziehung des Gesetzes haben, weil sie sich auf dem schlüpfrigen und schmalen Gebiet zwischen sittlich mißbilligtem, aber strafrechtlich nicht erfaßtem Tun bewegen wollen" [179]). Man darf diesen Gedanken jedoch nicht übertreiben. Was Recht ist und was Unrecht, das soll der einzelne ganz gewiß in erster Linie nicht dem geschriebenen Gesetz, sondern der lebendigen Rechtsüberzeugung seines Volkes entnehmen. Es hieße jedoch zu hohe Anforderungen an seine Verantwortungsfreudigkeit stellen, wenn man ihn auf ganz weitgefaßte Begriffe verweisen wollte. Wer ernsten Willens ist, die Rechtsordnung innezuhalten, dem soll das Gesetz durch möglichst klare Aufdeckung seiner Grenzen auch dabei zu helfen suchen. Hier müssen wir daher die Forderung nach festumrissenen Tatbeständen aufrechterhalten.

Wenn aber auch bei allen diesen Vorschriften nach irgendeiner Richtung hin in Gestalt eines sorgsam abgewogenen normativen Elementes das notwendige Ventil angebracht werden kann, so findet dies einmal seine Rechtfertigung darin, daß uns der nationalsozialistische Staat eine einheitliche Weltanschauung und damit feste Wertmaßstäbe geschaffen hat. Im übrigen aber ist es das Verdienst der neueren strafrechtlichen Methodenlehre, die hier wertvollste Vorarbeit geleistet hat. Nur durch die weitgehendste Berücksichtigung des Zweckmomentes bei der Auslegung ist es möglich, sich die vielen Vorteile der normativen Begriffe zunutze zu machen, ohne die Rechtssicherheit des einzelnen ernstlich zu gefährden [180]).

[178]) Henkel, a. a. O. S. 68.
[179]) Henkel, a. a. O. S. 68.
[180]) Siehe Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 25.

Lebenslauf.

Ich wurde am 9. Juni 1908 in Berlin-Lichterfelde als Sohn des Verwaltungsamtmanns Richard Schuppenies und seiner Ehefrau Erna, geb. Schramm, geboren. Im Frühjahr 1915 wurde ich in das Köpenicker Reformrealgymnasium eingeschult und legte Ostern 1927 am Humboldtrealgymnasium zu Berlin-Oberschöneweide die Reifeprüfung ab. Zunächst studierte ich sechs Semester Rechtswissenschaft in Berlin, ging dann für zwei Semester nach Halle und bestand nach weiterem zweisemestrigen Studium in Berlin am 1. Dezember 1932 vor dem Prüfungsamt des Kammergerichts die erste juristische Staatsprüfung. Am 16. Dezember 1932 trat ich in den praktischen Vorbereitungsdienst ein und wurde nach Beendigung des ersten amtsgerichtlichen Ausbildungsabschnittes dem Landgericht Berlin überwiesen. Im Wintersemester 1933/34 studierte ich noch einmal in Halle und beteiligte mich an dem Seminar, das Herr Professor Dr. Schwinge über die Revision veranstaltete. Hier erhielt ich die Anregung zu meiner Dissertation.

Im Laufe meines Studiums habe ich die Vorlesungen und Übungen folgender Herren Professoren besucht:

Bernhard, Bilfinger, Boehmer, Bornhak, Bruns, Cunow, Fleischmann, Glum, James Goldschmidt, Hein, Herkner, Heymann, Hoetzsch, Joerges, Kaskel, Kaufmann, Kipp, Klee, Kohlrausch, Langheineken, Mannheim, Paul M. Meyer, Nußbaum, Peters, Rabel, Ruth, Schlegelberger, Rudolf Schmidt, Schumacher, Schwinge, Strauch, Stutz, Titze, Triepel, Martin Wolff. — Allen meinen verehrten Lehrern, insbesondere aber Herrn Professor Dr. Schwinge, der mich in jeder Weise gefördert und meiner Arbeit das wärmste Interesse entgegengebracht hat, werde ich mich stets zu aufrichtigem Dank verpflichtet fühlen.

Günther Schuppenies.